



**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

FERNANDO NATAL BATISTA

**A QUESTÃO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO
ESPECIAL E A LEGITIMAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

**Brasília – DF
2018**

FERNANDO NATAL BATISTA

**A QUESTÃO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO
ESPECIAL E A LEGITIMAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, linha de pesquisa Processo e Jurisdição Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

**Brasília - DF
2018**

Fernando Natal Batista

A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimação do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, linha de pesquisa Processo e Jurisdição Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília - DF

**BANCA EXAMINADORA
QUALIFICAÇÃO/AVALIAÇÃO**

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Orientador

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier
Examinador interno

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Examinador externo (USP)

DEDICATÓRIA

Dedico o meu estudo à minha esposa *Giullyana*, pelo seu companheirismo incondicional, aos meus pais *Wagner Natal* e *Edna* que, enquanto operadores do direito, na qualidade, respectivamente, de membro do Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral da República) e de advogada, sempre me instigaram a buscar continuamente o conhecimento, e às minhas amadas filhas *Júlia* e *Rafaella*, na fé que sigam o caminho evolutivo do estudo e da cultura.

AGRADECIMENTOS

A realização desta dissertação, ora apresentada como requisito parcial para a obtenção do título acadêmico de Mestre em Direito, somente foi possível graças à participação contínua e vigilante, muito embora invisível aos olhos de terceiros, de pessoas e instituições que me apoiaram emocional e materialmente durante o decorrer deste recompensador curso de pós-graduação estrito senso realizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Gostaria, portanto, de agradecer a bolsa parcial de estudos custeada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, que me proporcionou o crescimento não apenas acadêmico (como agente institucional replicador de conhecimento jurídico), mas o aprimoramento da atividade funcional que exerço na assessoria jurídica do Ministro *Marco Buzzi* do STJ.

Registro, igualmente, o apoio e a cumplicidade incondicional da minha querida esposa *Giullyana* na consecução deste meu projeto pessoal, pois, nos momentos de minha ausência do lar para estudo – seja assistindo as aulas das matérias cursadas ou participando dos grupos de pesquisa, de estudo e seminários disponibilizados pelo IDP aos alunos do programa de Mestrado –, ela foi, nesse período, o porto seguro de nossa família e, também, a minha confidente, sempre paciente e disponível em escutar as minhas inseguranças e angústias nestes dois últimos anos.

Manifesto, ainda, a minha gratidão quanto ao trato aprazível de meus colegas egressos no primeiro processo seletivo de 2016 e dos professores que tive o privilégio de ser aluno, em especiais: o Prof. Dr. *Paulo Gustavo Gonet Branco*, o Prof. Dr. *Sérgio Antônio Ferreira Victor* e o Prof. Dr. *Luiz Rodrigues Wambier*, cujas convivências ao longo desta caminhada tornaram especiais todos os momentos de discussão e reflexão acadêmica de que participei no âmbito desta exemplar e acolhedora instituição de ensino.

Espero, por fim, que o trabalho acadêmico ora apresentado possa contribuir com o aprimoramento da tutela jurisdicional fornecida pelo Tribunal da Cidadania ao povo brasileiro, o qual, em tempos republicanos difíceis como os atuais, encontra na Justiça o último bastião da esperança por um futuro melhor e digno.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico está dividido em três partes e possui como finalidade abordar, em razão da recente alteração do direito processual promovida pelo advento do Novo Código de Processo Civil, a hipótese-problema refletida, como recorte metodológico, na indagação se o rompimento dogmático do paradigma da codificação anterior, realizado pela Lei n.º 13.105/2015 e traduzido, sobretudo, na nova forma de se interpretar o processo judicial, na normatização da aplicação do direito à espécie e na introdução do princípio da fungibilidade dos recursos excepcionais, retirou a competência do Superior Tribunal de Justiça para declarar, em sede de recurso especial, no âmbito de atuação do controle difuso e incidental de constitucionalidade, a nulidade de uma lei ou ato normativo em contradição ou confronto com dispositivos ou princípios contidos na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Controle judicial difuso de constitucionalidade. Recurso especial. Superior Tribunal de Justiça. Legitimação. Lei n.º 13.105/2015.

ABSTRACT

This academic work is divided in three parts and aims to address, due to the recent amendment of the procedural law promoted by the New Code of Civil Procedure, the problem-hypothesis reflected, as a methodological cut, in the inquiry if the dogmatic disruption of the paradigm of the previous codification, carried out by Law n. 13.105/2015 and translated, above all, in the new way of interpreting the judicial process, in regulating the application of the right to the cases and in introducing the principle of fungibility of exceptional appeals, removed the jurisdiction of the Superior Court of Justice to declare, in the context of a special appeal, in the scope of the diffuse and incidental control of constitutionality, the nullity of a law or normative act in contradiction or confrontation with the provisions or principles contained in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: *Constitutional Jurisdiction. Judicial Review. Special Appeal. Superior Court of Justice. Legitimation. Law 13.105/2015.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. O NASCIMENTO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E DO JUDICIAL REVIEW.....	13
2.1 A doutrina da separação dos poderes: a afirmação do Judiciário como ramo político do Estado Soberano.	15
2.2 A Constituição enquanto norma fundamental: o seu evolucionismo semântico e o surgimento do princípio da supremacia constitucional.....	21
2.3 A origem histórica do controle judicial e difuso de constitucionalidade: o célebre caso <i>Marbury versus Madison</i>	27
2.4 Antecedentes históricos e fundamentos constitucionais do controle difuso no Brasil. ..	31
2.5 Fecho.....	42
3. A QUESTÃO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM RECURSO ESPECIAL.....	44
3.1 A criação do Superior Tribunal de Justiça.....	48
3.2 A natureza jurídica e os pressupostos de admissibilidade do recurso especial.....	55
3.3 A apreciação da questão constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça.	63
3.4 Fecho.....	73
4. O REFLEXO DA LEI N.º 13.105/2015 NO PROCEDIMENTO RECURSAL ESPECIAL.....	76
4.1 A mudança de paradigma do sistema processual.....	77
4.2 A aplicação do direito à espécie.	82
4.3 A fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário à luz do Novo Código de Processo Civil.....	85
4.4 Observações sobre a declaração de inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça e a eficácia (força) de seu precedente à luz do Novo Código de Processo Civil.	90
4.5 Fecho.....	99
CONCLUSÕES.....	102
REFERÊNCIAS.....	107

1. INTRODUÇÃO

Inicia-se a abordagem do presente estudo com a apresentação da principal justificativa que inspirou o questionamento e o desenvolvimento desta pesquisa acadêmica, traduzida no advento do Novo Código de Processo Civil - NCPC e a irradiação de seus efeitos no âmbito da jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça - STJ, exercida em sede de controle difuso, na via incidental, no âmbito do recurso especial.

Essa motivação, em razão das alterações legislativas decorrentes da recente reforma do sistema processual civil, conduziu à indagação se o rompimento dogmático do paradigma anterior promovido pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 – retratada, sobretudo, na forma de se interpretar o processo judicial, na normatização da aplicação do direito à espécie e na introdução do princípio da fungibilidade dos recursos extraordinários em sentido lato – retirou a competência do Tribunal da Cidadania para declarar, em sede de recurso especial, no âmbito de atuação do controle difuso e incidental de constitucionalidade, a nulidade de uma lei ou ato normativo em contradição ou confronto com dispositivos ou princípios contidos na Constituição Federal de 1988.

O ponto central da dissertação foi constatar que, embora seja acanhado o controle difuso exercido pelo Superior Tribunal de Justiça – afirmação que pode ser atestada diretamente dos enunciados de sua jurisprudência – não lhe foi retirada, pela novel reforma processual, a competência constitucional de realizar a fiscalização incidental de validade normativa da legislação infraconstitucional. Isto porque essa atribuição funcional, insculpida na Constituição Federal de 1988, decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição e constitui uma garantia política fundamental do jurisdicionado, inadmitindo-se regulação e, até mesmo, interpretação restritiva pelas leis ordinárias.

Outrossim, a análise das inovações trazidas ao ordenamento processual pela Lei n.º 13.105/2015 sinalizou que as disposições axiológicas e normativas contidas na nova codificação, na verdade, fomentaram e fortaleceram a possibilidade de o STJ se revestir de uma postura mais atuante no âmbito do controle judicial difuso de constitucionalidade.

O assunto ora abordado, ressalte-se, encontra-se inserido no âmbito da linha de pesquisa “Processo e Jurisdição Constitucional” e sua importância e relevância podem ser aferidas no fato de que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, observado o atual cenário de discussão trazido pela inovação de nosso sistema processual, vêm sendo provocadas e conclamadas para assentar os limites e as implicações reais dessas importantes modificações da jurisdição estatal.

Cumprе anotar, ainda, que esta pesquisa se apresentou viável, porquanto existem contribuições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, de modo que, para fins metodológicos, quanto ao desenvolvimento temático, a dissertação foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo ficou com a difícil tarefa de expor, em poucas linhas, as bases históricas que contribuíram para o surgimento e a consolidação do controle judicial difuso de constitucionalidade (*judicial review*). Revelou-se necessário, para tanto, discorrer, ainda que brevemente, sobre a teoria da doutrina da separação dos poderes – para se entender como o Poder Judiciário passou a ser institucionalmente um órgão político¹ do Estado Soberano – e, ainda, retratar o evolucionismo semântico da Constituição e a consolidação do princípio da supremacia constitucional, enquanto parâmetro de controle da unidade do sistema jurídico. Esse capítulo, para contextualizar o presente estudo, finaliza tratando dos antecedentes históricos e dos fundamentos constitucionais do controle difuso no Brasil.

No capítulo seguinte, discute-se, a partir da criação do Tribunal da Cidadania pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de arguição de inconstitucionalidade em sede de recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante a análise das restrições impostas pela natureza jurídica e pelos pressupostos de cabimento próprios do recurso especial, sobretudo em razão da observância da cláusula de reserva de plenário (*full bench*), do prequestionamento (mitigação do efeito translativo dos recursos excepcionais) e, ainda, a

¹ “Função política do Estado é a atividade que órgãos instituídos pela Constituição exercem no âmbito de sua competência, tendo por objetivo preservar a sociedade política e promover o bem comum, e que consiste em determinar, mediante livre interpretação de normas constitucionais, o que é o interesse público e quais são os meios necessários à sua implementação. A função política é desempenhada por diversos órgãos e poderes, inclusive pelos tribunais constitucionais. Os tribunais constitucionais exercem função política, basicamente, em relação a quatro grandes temas: separação de poderes, federalismo, direitos fundamentais e funcionamento das instituições democráticas.” (PAIXAO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. Tese [Doutorado em Direito do Estado] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>>. Acesso em: 12 fev. 2018).

existência de verbete sumular obstativo do conhecimento da questão constitucional (Súmula 126 do STJ²).

O último capítulo consiste na verificação da quebra de paradigma legislativo promovida pela Lei n.º 13.105/2015, ao estabelecer expressamente, em seu artigo inaugural³, que as normas constitucionais fundamentais embasam o eixo norteador axiológico do processo civil brasileiro, constituindo, inegavelmente, a forma e o modo pelos quais o direito processual deve ser interpretado e aplicado pelos tribunais em geral e pelos operadores do direito.

Sustenta-se, nesse tópico, que a centralidade⁴ de nosso ordenamento jurídico é reconhecidamente ocupada pela Constituição, razão pela qual a aplicação das normas e dos princípios processuais previstos no Novo Código de Processo Civil, datado de 16 de março de 2017, deve ser orientada⁵ de acordo com os fundamentos contidos na Carta Magna, segundo a própria concepção do legislador reformador ordinário.

Estabelece-se, assim, como silogismo de raciocínio desta pesquisa, a premissa de que o texto constitucional é a base de toda a ordem jurídica, na qual se assentam a diretriz e o sentido da legislação ordinária. Ou seja, é a Constituição a lente de visão utilizada pelo julgador, seja ele singular ou colegiado, ao aplicar qualquer instituto previsto na Lei n.º 13.105/2015, no exercício da atividade jurisdicional.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 126*. Corte Especial, julgada em 09 mar. 1995 e publicada no DJ de 21 mar. 1995, p. 6.369.

³ Art. 1.º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017).

⁴ “[...] o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como *constitucionalização do Direito*, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, o administrativo, o penal e o processual” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 86-87).

⁵ “Isso quer dizer que a construção e a reconstrução do sistema processual civil parte da Constituição, vai à legislação e volta para a Constituição: o direito fundamental ao processo justo principia e enfeixa o processo civil brasileiro. Por essa razão é que o processo tem de ser interpretado de acordo com a Constituição, observando-se as disposições do Código – que de seu turno não estão imunes ao controle de constitucionalidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 143).

Normatizou-se, portanto, um importante cânone hermenêutico a ser seguido e respeitado: o direito processual deve ser lido através do prisma do direito constitucional.

Chega-se, ao final, após a reflexão dos referenciais teóricos escolhidos e abordados analiticamente neste estudo, à conclusão de que o novo sistema processual civil, ao contrário do que se podia inicialmente acreditar ou defender, não retirou do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do recurso especial, a realização do controle difuso e incidental de constitucionalidade de normas.

Na verdade, pode-se afirmar, em contraposição, sobretudo ante a previsão expressa da possibilidade de se aplicar no âmbito dos recursos excepcionais o direito à espécie, que o novo processo civil endossou e reforçou a possibilidade do exercício, na via difusa, da jurisdição constitucional pelo Tribunal da Cidadania, restando assegurado ao jurisdicionado, em respeito máximo ao princípio da inafastabilidade⁶ ou indeclinabilidade da jurisdição, o direito ao *non liquet* nos termos do art. 140 do Código de Processo Civil de 2015.⁷

⁶ É também chamado de “princípio do controle jurisdicional”, neste sentido ver: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINARMACO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 135.

⁷ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017).

2. O NASCIMENTO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E DO JUDICIAL REVIEW.

O controle judicial de constitucionalidade, como leciona Themistocles Brandão Cavalcanti⁸, representa um processo de integração de um sistema constitucional que, para se aperfeiçoar, necessitou de uma caminhada lenta e paulatina, obtida tão somente com a consolidação política do Poder Judiciário e também com a ideia de prevalência das normas constitucionais às leis e aos atos infraconstitucionais.

Logo, não há como estudar o mecanismo de controle judicial de constitucionalidade de lei sem antes compreender, ainda que brevemente, a concepção e a estruturação da teoria da separação de poderes em razão da ascensão do Judiciário, ao longo dos séculos, como órgão político do Estado Soberano⁹ e detentor de parte do exercício de seu poder funcional¹⁰, cuja jornada de aceitação e estabilização institucional, destaque-se, remonta, modernamente, ao iluminismo e, sobretudo, às ideias defendidas por John Locke e Charles de Montesquieu.

Com efeito, a ideia de separação de poderes, como afirma Jorge Miranda¹¹, acentua-se a partir do século XVII em reação ao absolutismo monárquico, associada à filosofia iluminista e liberal. Posteriormente, com os *founding fathers*¹² da república norte-americana, foi elevada

⁸ “Tratando-se de controle judicial de constitucionalidade das leis, a sua fundamentação jurídica há de se encontrar, portanto, na própria definição de Constituição como norma suprema, colocada na hierarquia das normas como um conjunto de preceitos institucionais que servem de base à organização política, social e econômica do Estado. A subordinação das normas menores ou dos atos praticados pela administração a esses preceitos fundamentais é que sugere a condenação desses atos ou dessas normas, através do seu confronto com aqueles preceitos constitucionais quando haja colisão.” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 10).

⁹ “A organização político-jurídica, apresentada como elemento essencial à existência do Estado, é, todavia, um conceito dúplice, compreendendo *estrutura e funcionamento*, à semelhança de um corpo físico, que, para atingir suas finalidades, desenvolve *funções* específicas e, para desempenhá-las, cria *órgãos* especializados.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 7-8).

¹⁰ “Para executar essas funções materialmente distintas, a criação do direito, *função normativa*; a realização do direito, *função executiva*; e a solução do conflito suscitado pela contestação do direito, *função jurisdicional*, é que o Poder Público se desdobra em expressões funcionais especializadas: a de legislar, a de executar e a de julgar. [...] É possível concluir que as funções exercidas pelos três Poderes orgânicos são modalidades de ação do Estado, que, com maior ou menor grau de autonomia, lhes são distribuídas, com complementariedade e interdependência, mas sem predominância de um deles sobre os demais.” (MOREIRA NETO, 2001, pp. 22-23).

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 54.

¹² Em tradução livre: os pais fundadores, personalidade políticas que participaram da criação da nação norte-americana e da Convenção Constituinte da Filadélfia de 1787.

à categoria de princípio constitucional homônimo em 1787¹³ e, nos dizeres de Nuno Piçarra¹⁴, passou a constituir um dos traços mais característicos da estrutura organizacional das diversas variantes do Estado constitucional contemporâneo.

Isso porque a teoria da separação dos poderes tem o escopo de delinear e disciplinar um sistema de interferência e controle (*checks and balances*) para que cada ramificação do poder estatal realize a contento as suas funções precípuas e, em prol do bem estar e do progresso social, mantenha a governabilidade do Estado, evitando-se institucionalmente que um dos poderes, de forma isolada e autoritária, acumule em demasia a autoridade de governar. Assim, ao longo da evolução da cultura constitucional das sociedades ocidentais, foi delegado, após vários acontecimentos históricos, a seguir abordados, ao *judicial review* (com a solidificação do princípio da supremacia constitucional) o poder/função de interpretar e declarar a inconstitucionalidade de atos e leis editadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Igualmente, não há como se falar em controle de constitucionalidade, em sua amplitude, sem antes discorrer também sobre a escolha política moderna da Constituição enquanto fonte de poder e norma fundamental, uma vez que, como rememora Sérgio Antônio Ferreira Victor¹⁵, somente com o surgimento do Estado-Nação se verificou a necessidade de se alterar o centro de legitimidade da organização política, revelando a Constituição, enquanto carta de compromisso político e jurídico de um povo identificado e organizado, como o instrumento adequado ao desenvolvimento da soberania¹⁶ do Estado, por ser fruto de um poder constituinte absoluto e ilimitado.

¹³ “[...] nos Estados Unidos prevaleceu um sentido coordenador, com relacionamento ou cooperação funcional, de *checks and balances* e, por isso, se estabeleceram processos complexos de agir e se admitiu, desde o início, o *judicial review*. Não por acaso tem-se dito que a Constituição de 1787 é a que melhor tem levado à prática a distinção de um *pouvoir de statuer* e de um *pouvoir d’empêcher*.” (MIRANDA, 2007, p. 61).

¹⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra Limitada, 1989, p. 01.

¹⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30.

¹⁶ Para muitos, Jean Bodin é considerado como o primeiro teórico a desenvolver o conceito de *soberania*, em 1576, por meio de sua obra mundialmente conhecida e intitulada *Les Six Livres de la République*, definindo-a como um poder absoluto e perpétuo de uma República. Nesse sentido, inclusive, são os dizeres de Sérgio Antônio Ferreira Victor: “Para Bodin, a soberania caracterizava-se por ser perpétua e absoluta, além de concentrada pelo príncipe, detentor do poder de dar e de suprimir a lei. Assim, sustentava que o soberano detinha o poder legislativo e que a ele cabia decretar a guerra e firma a paz, instituir funcionários, nomear magistrados e tributar. Todavia, apesar de absoluto, o poder não poderia ser ilimitado.” (VICTOR, 2015, p. 31).

Desta forma, como arremata Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷, “um novo constitucionalismo ganha vulto, erigido sobre a atribuição de *status* de lei superior à Constituição, agora efetivamente protegida”¹⁸, porquanto, “por ser manifestação direta do poder constituinte originário, a Constituição eleva-se, subordinante, sobre os demais atos do Estado.”¹⁹

2.1. A doutrina da separação dos poderes: a afirmação do Judiciário como ramo político do Estado Soberano.

A questão da legitimidade do poder político – ou soberano – e a da participação democrática dos cidadãos nos processos decisórios de uma nação organizada têm sido continuamente uma das preocupações das ciências sociais, sobretudo do Direito.

O Estado, no entendimento de Platão, “nasce das necessidades dos homens”²⁰, competindo-lhe executar ações promocionais do bem comum. Isso é, desde sempre, seja na antiguidade ou nos dias de hoje, um consenso.

Pode-se também afirmar que as sociedades ocidentais têm buscado mitigar, desde o iluminismo – com o estabelecimento do conceito metafísico de Estado-Nação²¹ –, ainda que gradativamente, a concentração de poder do governante e, sobretudo após a revolução francesa de 1789²², prescrever um modelo estrutural de divisão de poderes estatais onde,

¹⁷ “Esse novo constitucionalismo inclui entre as suas noções cardeais tanto a assertiva de que as instituições estatais são criadas pela Constituição, dela recebendo a sua autoridade, como a máxima de que o desempenho de toda a autoridade pública somente se legitima quando conformado à Constituição. Proclama, também, direitos fundamentais diretamente tutelados por um sistema jurisdicional. Tudo isso é sustentado, preservando-se a premissa de que o poder deriva do povo, o qual se manifesta ordinariamente por intermédio dos seus representantes.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36).

¹⁸ BRANCO, 2009, p. 36.

¹⁹ BRANCO, loc. cit.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 45.

²¹ O conceito político do Estado-Nação, ao final do século XVI, é defendido por Jean Bodin e Thomas Hobbes, com a finalidade precípua de justificar a concentração do poder soberano (ato de declarar guerra e elaborar leis) numa única instância ou entidade e, assim, conservar o monopólio da força em um determinado território e povo, mantendo-se, desta forma, a unidade e a coesão política daquele Estado.

²² “É indubitável que a doutrina ou teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do tipo de Estado que, a partir da Revolução Inglesa, da que deu origem aos Estados Unidos da América e, sobretudo, da Revolução Francesa; se foi propagando a todo mundo ocidental no decurso dos últimos dois séculos.” (PICARRA, 1989, p. 01).

segundo Montesquieu, “o poder freie o poder” (*le pouvoir arrête le pouvoir*), doutrina que, aliás, influenciou diretamente o constitucionalismo brasileiro desde sua origem com a Assembleia Constituinte de 1823.²³

Primeiro, cumpre destacar que os contratualistas do século XVI, sobretudo Jean Bodin e Thomas Hobbes, se preocuparam em legitimar a ideia de um Estado Soberano centrado e personificado na figura do rei a quem, por direito natural, na proteção dos comuns, caberia o uso da força para a sua conservação, como se observa da leitura da obra *Leviatã* de Thomas Hobbes²⁴. Inexistia, até aquele momento, marcado pela monarquia absolutista, uma proposta efetiva de separação estrutural ou orgânica capaz de limitar o poder real, o qual exercia, com exclusividade, o poder político, isso porque, para o jusnaturalistas, o rei representava a imagem de Deus.

Coube a John Locke²⁵, já no século XVII, propor uma nova linha de pensamento, ao defender que o poder político do Estado era uma convenção, afastando-se da ideia *hobbesiana*. Para o filósofo inglês, o governo, ao contrário, seria instituído pelos homens livres, em seu natural estado de liberdade, de modo que qualquer autoridade que atentasse contra os direitos dos cidadãos estaria sujeita à perda de legitimidade²⁶. O remédio à tirania

²³ “A investigação dos anais da Assembleia Constituinte de 1823 forneceu-nos uma pista significativa sobre as ideias e os pensadores que influenciaram os constituintes brasileiros. Dentre os pensadores, o mais citado, discutido e cortejado de todos foi o barão de Montesquieu.” (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no Século XIX*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 101).

²⁴ “Considera-se que uma república tenha sido instituída quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser o seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem os seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos demais homens. É desta instituição da república que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido, mediante o consentimento do povo reunido.” (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 148).

²⁵ “John Locke (1632-1704), médico e filósofo inglês, escreveu em 1690 o *Civil Government*, dois ensaios sobre o poder civil, nos quais tentou justificar a revolução de 1688; desenvolveu aí as ideias do liberalismo nascente sobre a limitação do poder no Estado e sobre os direitos e liberdades dos cidadãos. Já se encontra a ideia de um pacto social como origem e base do Estado; numa sociedade política, diferente nesse aspecto do estado de natureza em que cada um faz justiça, cada membro aceita as leis e regulamentos; mas apenas renuncia à sua liberdade na medida necessária ao fim da sociedade. O poder do rei está longe de ser ilimitado; deve respeitar a liberdade e as leis fundamentais do bem público. Locke teve uma influência considerável tanto em França como em Inglaterra e nos Estados Unidos.” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de Antônio Manoel Hespahan e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 367).

²⁶ “A essa estranha doutrina, isto é, a de que no estado de natureza todos têm o poder executivo da lei da natureza, não duvido que se objetará que não é razoável que os homens sejam juízes em causa própria, que o amor-próprio os fará agir com parcialidade em favor de si mesmos e de seus amigos. E, por outro lado, a natureza vil, a paixão e a vingança os levarão longe demais na punição dos demais, da qual nada resultará além

residia na distinção de funções governamentais de quem elabora a lei e quem a aplica (*the rule of the law*²⁷), traçando, a seguir, em sua obra, uma embrionária separação funcional dos poderes entre o Executivo e Legislativo, apenas.

Os pensamentos de Locke, expostos no livro “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, influenciaram eventos importantes na história da humanidade, principalmente na Europa e na América. Com efeito, o teórico da Revolução Inglesa (1688) foi a principal fonte de ideias para a revolucionária Declaração de Independência Norte-Americana (1776), tendo sobejamente influenciado, como adiante será abordado, os *framers* da Constituição de 1787 dos EUA.

Assim, como rememora Nuno Piçarra²⁸, na teoria política do século XVIII o tema do poder legislativo tornou-se central, equacionando, para os pensadores, as questões fundamentais relativas à organização e ao funcionamento do Estado. Nesse cenário, tendo como fundamento de estudo a Constituição da Inglaterra, após a incorporação do *Bill of Rights* de 1689, Charles Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, concebeu a formulação clássica da teoria dos poderes, a qual, sinteticamente, compreendia a distinção de três funções²⁹ atribuídas a órgãos diferentes e reciprocamente autônomos: ao Poder Legislativo cabia a elaboração das leis; ao Poder Executivo atribuíam-se a administração e o desempenho das funções típicas de chefia de Estado; e, por fim, ao Poder Judiciário, por delegação real, competia o julgamento das querelas sociais.

de confusão e desordem, e, portanto, Deus certamente designou o governo para conter a parcialidade e a violência dos homens.” (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo. Livro II: Segundo Tratado*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 391).

²⁷ “A liberdade do homem em sociedade consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgar o legislativo, segundo o encargo a este confiado. A liberdade, portanto, não corresponde ao que nos diz sir Robert Filmer, ou seja, uma liberdade para cada um fazer o que lhe aprouver, viver como lhe agrada e não estar submetido a lei alguma. Mas a liberdade dos homens sob um governo consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem. Assim como a liberdade da natureza consiste em não estar sujeito a restrição alguma senão à da lei da natureza” (LOCKE, 2001, p. 401).

²⁸ PIÇARRA, 1989, p. 79.

²⁹ “Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167).

Com efeito, o referido filósofo francês defendia a tese do governo moderado³⁰, no qual cada ramificação de poder tivesse força suficiente para neutralizar o abuso ou tirania de outra, composto: a) pela monarquia: governo de um ordenado para o bem comum – percebe-se, aqui, que o teórico iluminista, dado o contexto histórico em que viveu, não consegue se afastar da sacralidade da figura do rei –; b) pela aristocracia: governo dos “melhores ou nobres”, casta que ele compunha uma vez que era barão; e, c) pela democracia: governo do povo ordenado para a consecução do bem comum. Tratava-se de divisão necessária, pois, como ele enfaticamente advertiu em sua obra clássica, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, o do povo, exercesse esses três poderes”³¹; os quais, afirma-se, combinavam-se para evitar a degeneração institucional.

Inegavelmente, um dos maiores méritos da teoria *montesquiana* foi limitar o poder do soberano, em nítida reação ao regime absolutista, à época vigente, de Luís XIV (o “Rei-Sol”), subdividindo-o, notadamente, em funções para tutelar as liberdades negativas, definidas por Isaiah Berlin³² como esferas de garantia contra a interferência alheia, pois, como relata José Levi Melo do Amaral Júnior, ainda segundo as lições de Montesquieu³³, “para que um cidadão não tema outro cidadão, é preciso que os três poderes não sejam exercidos pelo mesmo homem ou pelo mesmo corpo dos principais (sejam eles oriundos da nobreza, sejam eles oriundos do povo).”³⁴

Sustentou-se, assim, na obra “O Espírito das Leis”, para o funcionamento da teoria clássica da separação de poderes, um mecanismo institucional de neutralização dos poderes.

Ainda como recorda José Levi Melo do Amaral Júnior, o “poder de julgar”, em Montesquieu, é neutralizado por força de duas características: a) o modo de se formar os

³⁰ “Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente” (MONTESQUIEU, 1996, p. 176).

³¹ “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

³² “A defesa da liberdade consiste na meta ‘negativa’ de evitar a interferência” (BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 234).

³³ “A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade do espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

³⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, pp. 53-68.

tribunais³⁵; e, b) o modo de decidir dos juízes³⁶; enquanto que o poder de legislar e o poder de executar são neutralizados pela comunhão de funções entre eles, explica-se: as funções de estatuir (corrigir o que foi ordenado por outrem) e impedir (direito de anular uma resolução tomada por outrem).

Percebe-se, entretanto, que a teoria de Montesquieu renegou ao Judiciário um papel de relevância na tríade de poder, desprovido-lhe de qualquer hipótese de ascendência sobre os demais, tendo lhe sido atribuído, na lição de Paulo Gustavo Gonet Branco³⁷, a singela função de “realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável – a decisão judicial.”³⁸

Em síntese, o modelo *montesquiano* centrava-se na paralisia recíproca decorrente da mútua faculdade de impedir que o Executivo e o Legislativo possuíam e, ainda hoje, destaque-se, em nosso ordenamento político, por força da atual constituição pátria (art. 66, § 1º, da CF/1988), possuem.

Advirta-se, entretanto, que, atualmente, à guisa de ilustração, o arranjo institucional brasileiro, consagrado pela Constituição Federal de 1988, nas relações de interferência recíproca (*checks and balances*) entre o Poder Executivo e o Legislativo, em caráter evolutivo do ideário concebido por Montesquieu, prevê a possibilidade de: a) participação ativa do Presidente da República no processo legislativo, pois, não apenas possui iniciativa legislativa (art. 61 da CF/1988), como também pode editar medidas provisórias e editar leis delegadas (art. 62 da CF/1988); e, b) o Congresso Nacional pode derrubar o veto presidencial (art. 66, § 4º, da CF/1988) e sustar atos do executivo (art. 49, inc. V, da CF/1988).

³⁵ Para Montesquieu, o ‘poder de julgar’ é um poder terrível entre os homens, razão pela qual “não pode ser exercido por um corpo permanente de homens” (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 56). Para tanto, no afã de mitigá-lo, o filósofo francês estabelece três exceções em que o poder de julgar é conferido ao poder de legislar, baseadas no interesse particular de quem deve ser julgado, porquanto, como bem assevera: “é até mesmo necessário que os juízes sejam da mesma condição que o acusado, ou seus pares, para que não possa pensar que caiu nas mãos de pessoas inclinadas a lhe fazerem violência” (MONTESQUIEU, 1996, p. 170): a) porque os ‘grandes’ estão expostos à inveja, são eles julgados pela Câmara Legislativa composta por nobres, para que, assim, fiquem sujeitos aos seus; b) compete à Câmara Alta – citada como um ‘tribunal necessário’ - a moderação do eventual rigor da lei em benefício da própria lei; c) o *impeachment*, originário do direito inglês, nos séculos XIII e XIV, ao qual estavam sujeitos todos os súditos do reino, exceto a Coroa, competindo à Câmara dos Lordes o seu julgamento e a imposição de pena, inclusive a de morte.

³⁶ “Montesquieu afirma que ‘os juízes de uma nação não são [...] mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei’.” (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 57).

³⁷ “O princípio da separação dos poderes atuava para constranger o poder de julgar a uma posição de menor tomo. Era impensável que se postulasse perante uma corte de justiça a efetividade de um cânone constitucional; ao juiz não cabia censurar um ato do Parlamento” (BRANCO, 2009, p. 25).

³⁸ BRANCO, 2009, p.25.

Posteriormente, no século XVIII, os debates entre os autores federalistas³⁹ (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay) viabilizaram a convolação da doutrina clássica da separação dos poderes em princípio constitucional republicano, restando expressamente positivada nos três primeiros artigos da Constituição Americana de 1787.

O temor dos *founding fathers* norte-americanos à tirania (leia-se: supremacia) do Parlamento, manifestado nos artigos federalistas, inspirou Alexander Hamilton, James Madison e John Jay a alinhavarem o aperfeiçoamento do modelo de neutralização do poder pelo poder, de forma que se mitigasse a preponderância do Legislativo, conferindo maior equilíbrio à tríade concebida por Montesquieu, culminando no fortalecimento do Executivo e, com ineditismo, do Judiciário.

O foco adotado pelo esquema de neutralização de poder articulado principalmente por James Madison foi, em síntese, a premissa de que os entes políticos possuem vontades próprias que se contrapõem⁴⁰, possibilitando o controle recíproco de suas ações⁴¹ (*checks and balances*), afastando-se, desta forma, do modelo europeu, mormente do sistema inglês⁴², que outorgava papel proeminente ao Legislativo.

Estava, portanto, na cultura ocidental contemporânea, estabelecido institucionalmente o princípio da separação tripartida dos poderes e, por conseguinte, aceito e consagrado o papel

³⁹ James Madison, ao discorrer sobre a estrutura de governo, defende ao longo do texto Federalista LI a necessidade de se positivar, na Carta Americana de 1787, o princípio da separação dos poderes, consubstanciado na divisão funcional dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), atribuindo-lhes o seu papel típico na conformação das funções político-constitucionais das instituições republicanas.

⁴⁰ “Com a finalidade de fundar sobre uma base apropriada o exercício separado e distinto dos diferentes poderes governamentais, que até certo ponto se reconhece por todos os setores como essencial para a conservação da liberdade, é evidente que cada departamento deve ter vontade própria e, consequentemente, estar constituído de forma tal que os membros de cada um tenham a menor participação possível na nomeação dos membros dos demais.” (HAMILTON, Alexander. *O federalista (Um comentário à Constituição Americana)*. Tradução Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959, p. 209).

⁴¹ “A ambição deve ser posta em jogo para fazer oposição à ambição. O interesse humano deve entrelaçar-se com os direitos constitucionais do posto. Talvez seja um reflexo na natureza humana que tudo isto se faça necessário para reprimir os abusos do governo. Porém que é o governo senão a maior das censuras à natureza humana? Se os homens fossem anjos, o governo não seria necessário. Se os anjos governassem os homens, nem os controles externos e os internos do governo seriam necessários. Ao organizar um governo que tem de ser administrado por homens para os homens, a grande dificuldade se fundamenta nisto: primeiramente há que capacitar o governo para mandar sobre os governados; e logo obrigá-lo a que se regule a si próprio.” (HAMILTON, 1959, p. 210).

⁴² Em contraste com o modelo madisoniano, no qual a legitimidade democrática e a autoridade legislativa são formalmente divididas entre o Presidente – independentemente eleito – e o Congresso, o poder executivo de *Westminster* é formado pela maioria legislativa e, essencialmente, exerce controle plenário sobre o governo, logo o poder institucional no sistema inglês é unificado, não havendo separação substancial entre o Executivo e Legislativo.

de partícipe político⁴³ do Poder Judiciário na conformação dos atos de governança/soberania do Estado moderno, fundando, assim, com a independência judicial, as bases para a consolidação do controle judicial de constitucionalidade de leis⁴⁴ (*judicial review*).

2.2. A Constituição enquanto norma fundamental: o seu evolucionismo semântico e o surgimento do princípio da supremacia constitucional.

Ao longo dos séculos, a Constituição sofreu um significativo evolucionismo semântico até apresentar os contornos hoje conhecidos, destacando-se, preponderantemente, no percurso da história constitucional três dimensões, a saber: a) sociológica; b) normativa; e, c) política.

Nesse sentido, Hans Kelsen⁴⁵ é categórico em afirmar que a Constituição apresenta como núcleo permanente a ideia de um princípio supremo e conformativo da ordem estatal e de sua comunidade, de modo que, como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado e a base de sua ordem jurídica. Idêntico pensamento é externado por Themistocles Cavalcanti⁴⁶ ao afirmar que, em se tratando de controle judicial de constitucionalidade, a sua fundamentação jurídica “há de se encontrar, portanto, na própria definição de Constituição como norma suprema, colocada na hierarquia das normas como um

⁴³ “Quem considerar com atenção os diversos departamentos do poder, perceberá que em um governo em que se encontrem separados, o judicial, devido à natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, porque sua situação lhe permitirá embaraçá-los ou prejudicá-los em menor grau que os outros poderes. O Executivo não só dispensa as honras, como também possui a força militar da comunidade. O legislativo não só dispõe da bolsa, como dita as regras que regularão os direitos e os deveres de todos os cidadãos. O judicial, em troca, não influi nem sobre as armas, nem sobre o tesouro; não dirige a riqueza nem a força da sociedade, que não possui força nem vontade, senão unicamente discernimento, e que tem de se apoiar definitivamente na ajuda do braço executivo até mesmo para tenham eficácia suas sentenças” (HAMILTON, 1959, pp. 312-313).

⁴⁴ “Porque o controle judicial da constitucionalidade expressa um ato de soberania, que envolve o controle de atos praticados pelo Executivo e Legislativo, podendo acarretar a invalidação de leis e de atos em geral emanados desses poderes, é indispensável que os juízes estejam fora do círculo de pressão deles. Do contrário, sem a independência assegurada, os juízes subservientemente afiançariam os atos legislativos e executivos impugnados, a fim de não contrariarem interesses do governo nem se sujeitarem a retaliações diretas ou indiretas” (CONTINENTINO, 2015, p. 50).

⁴⁵ “Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplica-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 131).

⁴⁶ CAVALCANTI, 1966, p. 10.

conjunto de preceitos institucionais que servem de base à organização política, social e econômica do Estado”.

Historicamente, os contratualistas, tais como Locke e Montesquieu, pretenderam delimitar o poder soberano em um pacto escrito, dividindo-o de forma a mitigar a preponderância de um homem aos demais. E, como defendia Emmanuel Joseph Sieyès, seria a Constituição, enquanto documento escrito, o instrumento capaz de constranger e limitar o poder soberano, pois “em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição.”⁴⁷

O abade francês é exitoso em seu discurso, sobretudo perante os regimes representativos, ao disseminar e consolidar a legitimidade da Constituição escrita enquanto documento estruturante de governança estatal, fruto da delegação do poder originário do povo reunido: o poder constituinte. A Constituição, nesse viés, determina a autoridade que o povo, por representação assemblear, conferiu a seu governo, estabelecendo-lhe limites⁴⁸ (*gouvernement exercé par procuration*).

Posteriormente, reforçando a dimensão sociológica da carta constitucional, Ferdinand Lassalle é categórico ao asseverar, em sua obra seminal, que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder”⁴⁹, razão pela qual a Constituição de um povo era definida como a soma dos fatores reais do poder⁵⁰ (militar, político, social e econômico) que regem uma nação.

Para Lassalle, as constituições escritas não teriam valor e, tampouco, duração se não expressassem fielmente os fatores de poder que imperavam na realidade social, caso contrário, não passariam de um pedaço de papel, residindo a sua capacidade regulatória limitada à sua compatibilidade com a Constituição *real*, de modo que, em cenário de inegável conflito, o desfecho se verificaria contra a Constituição *escrita*, sucumbindo esse *pedaço de papel* aos fatores reais de poder dominantes do país.

⁴⁷ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État*. Tradução Norma Azevedo. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 45.

⁴⁸ “[...] não é mais a vontade comum real que age, é uma vontade comum representativa” (SIEYÉS, 2001, p. 47).

⁴⁹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 40.

⁵⁰ “Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas” (LASSALLE, 2001, p. 18).

Seguindo, ao menos neste ponto, a mesma opinião, Heinz Mohnhaupt e Dieter Grimm, ao examinarem o evolucionismo das Constituições ocidentais, sobretudo a norte-americana e a francesa, frutos de revoluções ditas populares, também defendem a ideia de que a Constituição reproduz a situação sócio-política de um Estado⁵¹, de forma que “o contrato constitucional e as leis fundamentais aparecem como os dois lados da mesma medalha: enquanto o contrato constitucional remete ao processo, as leis fundamentais designam o produto deste.”⁵²

Konrad Hesse refuta, entretanto, a tese sociológica defendida por Lassalle, pois “o direito constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”⁵³. Para Hesse, a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização, mas procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

Logo, a Constituição adquire força normativa na medida em que logra êxito em realizar essa pretensão de eficácia e o impulso que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, transformando-se, assim, em força ativa (modificadora). Igualmente compete à Constituição cunhar os fundamentos e estabelecer os princípios que regularão a ordem jurídica, assim como instituir conteúdos jurídicos legítimos, sobretudo, em matéria de direitos fundamentais, dotando-os de força vinculante para irradiar-se por todo o ordenamento jurídico.

Assim, como leciona Konrad Hesse, a força normativa está condicionada à possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição, de modo que, quanto mais ampla e profunda for a conexão de seus preceitos normativos com a historicidade e a realidade, afinada com o propósito de conservar e desenvolver a construção jurídico-social presente, maior será a perspectiva destes elementos desenvolverem a força normativa. Por outro lado, quando a Constituição ignora os elementos fomentadores do desenvolvimento político, econômico, social e espiritual do seu tempo, se vê incapaz de conservar e ampliar sua própria

⁵¹ “A constituição é então a condição da política do Estado, criada pelo contrato e determinada pelas leis fundamentais” (GRIMM, Dieter; MOHNHAUPT, Heinz. *Constituição – História do conceito desde a antiguidade até nossos dias*. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012, p. 150).

⁵² GRIMM; MOHNHAUPT, 2012, p. 150.

⁵³ HESSE, KONRAD. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 11.

realização, situação que provoca a fragilidade da força normativa e a instabilidade jurídico-social para sua ruptura.

A dimensão normativa da Constituição, enquanto fonte de regulação e produção legislativa, também foi prestigiada por Hans Kelsen⁵⁴, para quem a Constituição representava o escalão de direito positivo mais elevado, definindo-a como a norma fundamental⁵⁵ e, assim, o fundamento de validade e unidade do sistema legal.

As ideias defendidas por Kelsen são essenciais para a concepção e o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, pois, ao ocupar o lugar mais alto no sistema jurídico, a Constituição adquire supremacia em detrimento das demais produções normativas produzidas pelo Legislativo (lei) e pelo Executivo (decretos).

A Constituição, portanto, ao possuir força normativa e ser a lei política fundamental, tem ascendência em relação às leis elaboradas pelo Poder Legislativo e aos atos editados pelo Poder Executivo, tornando-se legitimamente o parâmetro de validade de todo ordenamento jurídico vigente.

Quanto à dimensão política, Carl Schmitt, ao criticar a democracia liberal burguesa⁵⁶, afirma que o *conceito ideal* vincula a constituição a certos postulados políticos (direitos fundamentais e separação de poderes), razão pela qual não se considera Constituição aquela que não agasalhe estes postulados. Schmitt ainda é categórico em afirmar que as definições de formas de governo (seja: a democracia, a monarquia ou a aristocracia), enquanto elementos do Estado de Direito, não significam por si mesmas nem uma Constituição, nem uma forma política própria.

Para a teoria *schmittiana*, a constituição em sentido positivo surge como ato do poder constituinte, enquanto forma e modo da unidade política. É, por definição, a decisão política fundamental; isto é: a decisão concreta sobre o modo e a forma de existência da unidade

⁵⁴ “A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas” (KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 247).

⁵⁵ “Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender” (KELSEN, 2013, p. 130).

⁵⁶ A constituição liberal burguesa, para Schmitt, prevê apenas um sistema de garantias de direitos fundamentais e de relativização do poder estatal, sem, contudo, preocupar-se com a sua *forma política*.

política⁵⁷ (o Estado). É aqui que Carl Schmitt trata de sua especial contribuição à teoria constitucional ao defender o raciocínio de que somente é possível um conceito de Constituição quando se distingue entre *constituição* e *lei constitucional*⁵⁸.

A distinção entre *constituição* e *lei constitucional* somente é possível porque a essência da constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, quer dizer, do povo na democracia, do monarca na monarquia autêntica.

Encontram-se, ainda, consagradas na doutrina, as dimensões simbólica, pluralista ou aberta e cultural, as quais serão aqui apenas brevemente referenciadas.

Para Marcelo Neves, a norma constitucional é um mero símbolo, pois não teria sido criada para ser efetivamente concretizada. A legislação simbólica pode ser definida como aquela em que há uma deficiência de concreção normativa em razão da prevalência do discurso político-ideológico dominante, no qual o texto constitucional, sem correspondente alteração das estruturas reais de governo, acaba por servir apenas “como mecanismo construtivo de ilusões, pode conduzir a interpretações simplistas de que seriam totalmente vãs as tentativas de transformações sociais intermediadas por mutações de(o) documento constitucional.”⁵⁹

Peter Häberle⁶⁰, por sua vez, entende que a norma constitucional não é uma decisão prévia, simples e acabada, pois a interpretação, difusa em sociedade, conhece alternativas plúrimas, restando o seu significado em aberto em razão da pluralidade de seus intérpretes, porquanto a interpretação constitucional é uma atividade que, potencialmente, diz respeito a

⁵⁷ “La Constitución em sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia decide la unidad política [...] Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución. Version española de Francisco Ayala*. Madrid: Alianza Editorial, 2015, p. 59).

⁵⁸ “La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de formación jurídica, y también la formation constitucional, presupone uma tal voluntad como existente. Las leyes constitucionales valen, por el contrario, a base de la Constitución y presuponen una Constitución. Toda ley, como regulación normativa, y también da ley constitucional, necessita para su validez en último término uma decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente” (SCHMITT, 2015, p. 58).

⁵⁹ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Revista trimestral de direito público, n. 12, p. 156-167, 1995.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 24.

todos, de modo que “a conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”. Desta forma, a ampliação do círculo de intérpretes traduz, para Häberle, a materialização do texto constitucional, resultado da integração da realidade no processo de interpretação.

A aceção cultural, defendida por José Afonso da Silva⁶¹, apresenta a Constituição como produto da conjuntura histórica e social a que está submetida, sendo ainda influenciada pelos fatores econômicos, morais, filosóficos e jurídicos de sua atualidade, ou seja, contextualmente, é o fruto da cultura de um país. De forma que, nos dizeres de Pablo Verdú⁶², toda especulação cultural a respeito da Constituição consiste numa inspiração ideológica de um povo, fundada em valores que operam e se consolidam na realidade social e política, de modo que as pautas axiológicas protegem os direitos fundamentais, mediante a conformação e delimitação dos poderes públicos instituídos a uma organização normativa fundada na estrutura sócio-política democrática de um país.

Em comum, concluindo, as principais teorias conceituais da Constituição se assentam no pressuposto da supremacia constitucional, um preceito construído, sobretudo, na rigidez de seu procedimento criador, constituindo-se, assim, no parâmetro de controle de validade das leis e decretos infraconstitucionais. Vale destacar, entretanto, como bem rememora Rainer Wahl⁶³, que o primado da Constituição se formou apenas quando dele passaram a depender efeitos jurídicos concretos, ou seja, a derrogação do direito anterior contrário e a inconstitucionalidade de leis futuras contrapostas à letra e ao espírito da Constituição, restando, então, fixadas as premissas do controle de constitucionalidade.

A supremacia constitucional desponta, por conseguinte, no evolucionismo semântico, como uma exigência democrática capaz de sintetizar os valores e os anseios do povo, titular

⁶¹ “A conclusão é simples: constituição, qualquer constituição, é sempre um repositório de valores; expressão de cultura; se não assim, não passará de um simples nome, ou de uma simples folha de papel (Lassalle). Ao mesmo tempo em que é um objeto de cultura, é também protetora de direitos e bens culturais. É, pois, mais que um simples texto jurídico, porque esse texto está impregnado de valores, como os da convivência democrática, da segurança e da justiça, como pauta de comportamento de todos, e especialmente do Poder” (SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 181).

⁶² “En consecuencia, la Teoría de la Constitución la concibo como cultura, cultura euroatlántica, ideologicamente inspirada, justificada por valores, que iluminan, fundamentan y dinamizan mediante los derechos humanos, reconocidos y protegidos, mediante la delimitación de los poderes públicos, a una organización estructural normativizada que se apoya em uma estrutura sociopolítica” (VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 22).

⁶³ “[...] toda a legislação tem de se orientar pelo conteúdo da norma Constitucional e tomar esta como base fundamental” (WAHL, Rainer. *O primado da Constituição*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, A. 47, (1), Abril 1987, p. 102).

absoluto do poder constituinte, desde Siey s, que d  vida e sentido   Carta Constitucional, a qual é reconhecida como a fonte máxima de produção da totalidade do Direito e, também, como último fundamento de validade das normas jurídicas, conferindo, desta forma, a unidade e o caráter sistemático ao ordenamento jurídico vigente.

2.3. A origem histórica do controle judicial e difuso de constitucionalidade: o célebre caso *Marbury versus Madison*.

Como adverte Nuno Pi arra⁶⁴, o outro desenvolvimento especificamente norte-americano do princípio da separação de poderes consiste na integração do Judiciário no processo de equilíbrio e calibração (*checks and balances*) do poder.

As premissas da atuação judicial no controle de constitucionalidade foram embrionariamente delineadas por Alexander Hamilton⁶⁵, no *federalist paper* LXXVIII, publicado em maio de 1788, tendo ele defendido a ideia de que a Constituição   e *deve ser* considerada pelos magistrados como lei fundamental e, ainda, que “todo ato do corpo legislativo, contrário   Constituição, não pode ter validade”⁶⁶; competindo, portanto, aos tribunais judiciais e aos juízes determinarem o sentido da Constituição e a interpretação da legislação em sua conformidade. Justificava, para tanto, que “se os tribunais de justiça não de ser considerados como os baluartes de uma Constituição limitada, contra as usurpações legislativas, esta consideração fornecer  um argumento sólido em prol da posse permanente das funções judiciais.”⁶⁷

Percebe-se que as ideias federalistas de Hamilton se assentam na tese da supremacia constitucional como resultado de uma opção do povo, de modo que as autoridades públicas e

⁶⁴ PIÇARRA, 1989, p. 202.

⁶⁵ Alexander Hamilton (1757-1804) nasceu nas Antilhas e foi para a América com dezesseis anos de idade. Em 1782 entrou para o Congresso e, na Convenção Constitucional, liderou a fac  o política favorável a um governo central forte, em detrimento do poder dos Estados. Depois da aprovação da Constituição de 1787, foi nomeado por George Washington como Secretário do Tesouro. Morreu com 47 anos, em consequência de ferimentos no duelo contra Aaron Burr (ex-vice-presidente norte-americano), seu adversário político. (LEITE FARIAS, Paulo José. *A função clássica do federalismo de proteção das liberdades individuais*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 35 n. 138 abr./jun. 1998).

⁶⁶ HAMILTON, 1959, p. 459.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 315.

representantes do poder se encontram subordinados à Constituição escrita, inexistindo superioridade de um poder em relação a outro, mas da vontade popular em face de todos.

É, aliás, o que se extrai da leitura do seguinte excerto, ora colacionado:⁶⁸

A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores, em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários. Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o poder legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras.

As publicações federalistas feitas na imprensa escrita nova-iorquina por Alexander Hamilton, James Madison⁶⁹ e John Jay⁷⁰ conclamavam as ex-colônias inglesas (unidas, até então, por laços confederativos) a se unirem e ratificarem o texto aprovado pelos representantes nacionalistas na Convenção da Filadélfia. Por meio de provocações e inflamadas defesas de teses publicistas, os referidos pensadores tinham por objetivo demonstrar às províncias as vantagens de comporem a União Federal.

O fato é que, como preleciona João Carlos Souto⁷¹, o sintetismo da Lei Fundamental norte-americana não permitia que se estabelecesse, de forma expressa e inequívoca, a competência da Suprema Corte para decretar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo dos demais Poderes da República.

Com efeito, o texto original, ratificado em 21 de junho de 1788, na Convenção da Filadélfia, continha apenas sete artigos, uma vez que as dez primeiras emendas propostas pelo Congresso, as quais introduziram o *bill of rights* americano, somente foram incorporadas à

⁶⁸ *Ibid.*, p. 314.

⁶⁹ James Madison (1751-1836), considerado o "pai" da Constituição dos Estados Unidos, nasceu na Virgínia e completou seus estudos no *College of New Jersey*, atual Universidade de Princeton, sendo eleito para o Congresso em 1780. Foi secretário de Estado durante o governo de Thomas Jefferson, junto com quem criou o Partido Republicano. Exerceu a Presidência dos EUA por dois mandatos. (LEITE FARIAS, Paulo José. Ob. cit.).

⁷⁰ John Jay (1745-1829) estudou na Universidade de Columbia. Presidiu o Congresso Continental em 1778. Em 1783, como ministro das Relações Exteriores, foi o principal arquiteto do tratado de paz com a Grã-Bretanha, tornando-se em seguida o primeiro presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos. Depois de dois mandatos como governador de Nova York, retirou-se da vida pública. (LEITE FARIAS, Paulo José. Ob. cit.).

⁷¹ SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 5.

Carta Constitucional em 1791. Dessa particularidade decorre a importância dos escritos federalistas de Alexander Hamilton na defesa filosófica quanto à possibilidade de se admitir ao Poder Judiciário o exercício do controle de constitucionalidade das leis, podendo, nesse sentido, também ser citado trecho do texto federalista XVI, no qual Hamilton expressamente afirma que “se os juízes não se houvessem lançado a uma conspiração com a legislatura, decidiriam que as resoluções de semelhante maioria eram contrárias à lei suprema do país, inconstitucionais e nulas.”⁷²

O discurso ideológico engendrado pelos *framers* republicanos foi adotado pelo *Chief of Justice* John Marshall⁷³, no julgamento do célebre caso *Marbury vs Madison*, em 1803, o qual fixou os pilares da doutrina da supremacia constitucional, do controle difuso de constitucionalidade e, por fim, da doutrina das questões políticas, por tais motivos o histórico precedente, ao redefinir a teoria da separação dos poderes, é tão importante para a caracterização das atribuições do Poder Judiciário e para o reconhecimento de sua vital importância no concerto das funções do Estado.

Como é de sabença histórica, na eleição presidencial dos Estados Unidos da América de 1800, Thomas Jefferson, candidato do Partido Republicano, derrotou John Adams, representante do Partido Federalista que buscava a sua reeleição. Após a derrota, John Adams resolveu nomear vários juízes em cargos federais, por meio da Lei do Judiciário de 1801 (*Judiciary Act of 1801*), para assegurar, ao menos no âmbito do Judiciário, a permanência da filosofia estatal federalista. Entre os nomeados para um dos cargos de juiz de paz do Distrito de Columbia se encontrava William Marbury. O Secretário de Estado de John Adams, John Marshall, também por ele nomeado naquele ato Presidente da Suprema Corte, devido à brevidade de tempo, não entregou o diploma de nomeação a Marbury.

Com a ascensão de Thomas Jefferson à Presidência da República, o novo Secretário de Justiça, James Madison, negou-se, a pedido de Jefferson, a empossar Marbury, que judicializou a questão ao impetrar um *writ of mandamus*⁷⁴ perante a Suprema Corte Norte-

⁷² HAMILTON, 1959, p. 67.

⁷³ John Marshall (1755-1835) foi um dos participantes da Revolução Americana de 1787 e membro do Partido Federalista, tendo ocupado, no governo do Presidente John Adams, o cargo de Secretário de Estado (1800-1801) e, posteriormente, o de Chefe de Justiça da Suprema Corte dos EUA (1801-1835). (LEITE FARIAS, Paulo José. Ob. cit.)

⁷⁴ Como esclarece SOUTO (2015, p. 18), o *writ of mandamus* guarda enorme semelhança com o mandado de segurança do direito brasileiro, constituindo-se em uma ordem judicial (mandado) para que autoridades públicas ou entidades privadas atuem conforme determinado pela Corte de Justiça.

Americana, exigindo-lhe a entrega do diploma. O processo foi relatado e julgado, apenas em 1803, pelo Presidente da Suprema Corte, o *Chief of Justice* John Marshall.

Naquele *trial* (5 U.S. 137) ficou estabelecido que, se por um lado, o Poder Judiciário estava autorizado a reconhecer a nulidade de atos da legislatura (*judicial review*), quando contrários à Constituição (*constitutional supremacy*)⁷⁵, por outro, não lhe era lícito ingressar no campo da política⁷⁶, tornando certas atuações do executivo⁷⁷ imunes à tutela jurisdicional.

Em seu voto, textualmente consignou que⁷⁸:

A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

[...]

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender a Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.

Ficou estabelecido, neste julgamento, que os poderes instituídos devem obediência e submissão à Constituição, que se sobrepõe a tudo e a todos, por ser a materialização da vontade soberana do povo, razão pela qual, como afirma John Hart Ely, “quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo.”⁷⁹

⁷⁵ O primado da Constituição sobre qualquer outra fonte de direito.

⁷⁶ No delineamento da *political question doctrine*, Marshall partiu da ideia de que a Constituição confere ao titular do Poder Executivo certas atribuições políticas dotadas de discricionariedade e os atos que ele pratica no exercício dessas atribuições não estão sujeitos ao exame judicial, porque dizem respeito a assuntos de interesse da nação e não envolvem direitos individuais.

⁷⁷ “O Tribunal só tem competência para decidir acerca de direitos individuais; jamais para examinar como o Executivo ou os funcionários executivos desempenham seus deveres em tudo a que se aplica a faculdade discricionária. Questões por sua natureza políticas, ou submetidas ao nuto do Executivo pela Constituição e pelas leis, nunca poderão ser ventiladas neste Tribunal.” (MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall* – Tradução Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18).

⁷⁸ *Ibid*, p. 25.

⁷⁹ “O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o

Ora, como visto, desde a clássica divisão tripartida dos poderes, mormente nos regimes democrático-constitucionais, almeja-se a construção e o aperfeiçoamento de um governo moderado e ordenado para o bem comum, de modo a proteger a democracia por intermédio de um sistema de neutralização e de conformação das funções típicas de poder (*checks and balances*). Pode-se afirmar que reside, nesse aspecto, a importância deste julgado na história constitucional moderna, por ter constituído o controle judicial de constitucionalidade como um dos elementos essenciais do mecanismo de moderação dos poderes.

Concluindo, cumpre registrar, entretanto, que alguns autores americanos contemporâneos como Jeremy Waldron e Cass Sunstein criticam a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Waldron⁸⁰ sustenta a premissa de que a fiscalização da legislação pelo judiciário é vulnerável, porquanto o *judicial review* é politicamente ilegítimo, uma vez que privilegia a votação de um pequeno número de juízes (não eleitos), em detrimento de princípios de representação e igualdade política, na resolução final das questões sobre direitos sociais. Sunstein⁸¹, por sua vez, defende a ideia do minimalismo judicial, mediante a adoção de uma postura de autocontenção decisória, na medida em que o tribunal, na resolução de casos concretos de natureza constitucional controversa, deixe questões fundamentais sem decidir, possibilitando a atuação conformadora aos demais poderes políticos representativamente legitimados.

2.4. Antecedentes históricos e fundamentos constitucionais do controle difuso no Brasil.

A jurisdição constitucional é, a partir do século XIX, a mais importante e relevante atividade da justiça no dinamismo evolutivo da teoria da separação dos poderes, tendo-lhe sido cancelada, sobretudo pelas ideias federalistas, a proteção dos direitos fundamentais a

interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo” (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança* – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 13).

⁸⁰ WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, n.º 115, p. 1346-1406.

⁸¹ SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

partir da tarefa interpretativa de conferir validade ou adequar a aplicação das normas ordinárias ao texto das constituições escritas e rígidas.

Muito embora o seu reconhecimento histórico tenha ocorrido em 1803, com o célebre julgamento do caso emblemático *Marbury vs Madison*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no Brasil, somente com a promulgação da Carta de 1891, quase um século depois, o controle judicial de constitucionalidade passou a ser parte de nossa identidade constitucional.

Deve-se alertar, todavia, que o controle de constitucionalidade é uma realidade que sempre esteve presente na história constitucional brasileira, tendo sido, inclusive, objeto de vívido debate pela Assembleia Nacional Constituinte de 1823⁸² e expressamente previsto e incisivamente exercido pelo poder moderador imperial, nos termos do artigo 98⁸³ da Constituição outorgada de 1824, no qual a figura do imperador era a chave de toda a organização política do Estado, cabendo-lhe, privativamente, a manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia entre os poderes políticos.

Com o nascimento da nação brasileira, em 7 de setembro de 1822, após o grito da independência proferido por Dom Pedro I, às margens do Rio Ipiranga, a ideia de uma constituição nacional passou a ser um desejo e uma necessidade do povo e do recém instaurado governo imperial.

A ideia do controle judicial de constitucionalidade, entretanto, quando da instauração da pátria brasileira, não prosperou, em razão da ideologia política então dominante durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1823⁸⁴, porquanto não foi conferida independência institucional e interpretativa ao Poder Judiciário, o qual, na percepção dogmática prevalecente

⁸² “Elemento importantíssimo na formação da consciência constitucional do País desde os primórdios de nossa emergência política como povo e nação, sob o signo da liberdade, a Constituinte de 1823 se inscreve no rol das batalhas de alforria do povo brasileiro” (BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 4 ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 80).

⁸³ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. (BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais, Rio de Janeiro: 22 abr. 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 16 set. 2017).

⁸⁴ “A concepção predominante entre os deputados constituintes relativa ao princípio da separação dos poderes não se compatibilizava com a imagem de um Poder Judiciário institucionalmente relevante e fortalecido, investido da guarda da Constituição” (CONTINENTINO, 2015, p. 88).

das constituições monárquicas, era apenas uma ramificação ou atividade delegada excepcionalmente pelo Poder Executivo.

Tal ideário, aliás, foi publicamente externado pelo então constituinte Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva⁸⁵ que, durante os trabalhos assembleares, na sessão de 17 de maio de 1823, declarou que aos magistrados tão somente cumpria a missão de aplicar as leis e, caso a lei fosse injusta, caberia ao Poder Legislativo revogá-la.

No regime da Carta Política de 1824, outorgada em 25 de março pelo Imperador após a dissolução da Assembleia de 1823, a interpretação das leis e a guarda do texto constitucional competiam, concorrentemente, aos poderes Legislativo⁸⁶ (art. 15, incs. VIII e XIX) e Moderador (art. 98), o qual, nos dizeres de Benjamin Constant⁸⁷, funcionava como “o poder judiciário de todos os outros poderes.”⁸⁸

O Poder Moderador, em suma, nos dizeres de Paulo Bonavides⁸⁹, era literalmente a constitucionalização do absolutismo e se opunha frontalmente à doutrina da separação de poderes de Montesquieu, pois não era um só poder, senão dois, uma vez que na pessoa do imperador também se acumulava a titularidade do Executivo.

Nesse cenário, não havia como se desenvolver, em solo brasileiro, as ideias federalistas e, tampouco, o raciocínio engendrado por John Marshall quanto à legitimação do *judicial review*. Isso porque são premissas de fundação do controle jurisdicional de validade das leis em face da Constituição a independência funcional da atividade judicial e, também, a

⁸⁵ “De mais, em quanto a Lei acerba existe, deve existir o susto no coração dos Cidadãos; ella he a espada ferrugenta e combainhada, que a inimidade, a vingança e o ódio podem, a seu arbítrio, afiar de novo e brandir, sem perigo seu, contra os objetos da sua aversão. Por fim, conservar Leis que sabermos não serão executadas, he propagar a immoralidade, e dar ansa à criminosa discrição dos Magistrados. Elles são servos da Lei, são seos executores; se a não execução tornão-se culpados. Idéa tristíssima! Podem os Magistrados faltar aos seos deveres a seo bel prazer? Não de certo; em quanto a Lei está em vigor devem aplica-la; se ella he injusta devemos revoga-la, nós que o podemos fazer.” (BRASIL. *Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)*. Tomo I. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 72).

⁸⁶ “Art. 15. É da attribuição da Assembléa Geral: (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.” (BRASIL. Constituição (1824). Ob. cit. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 16 set. 2017).

⁸⁷ *Apud* BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 28.

⁸⁸ “Ele constituía – segundo a lição do Visconde do Uruguai – ‘a suprema inspeção sobre os poderes legislativo, executivo e judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ela delegados são exercidos, e de manter a sua independência, equilíbrio e harmonia’. Ora, num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal ‘suprema inspeção’, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador” (BITTENCOURT, 1997, p. 28.).

⁸⁹ BONAVIDES, 2002, p. 106.

outorga política, pela aquiescência evolutiva do texto constitucional, à justiça a tarefa de interpretar as normas legais à luz dos preceitos fundamentais, conquanto, tal como restou firmado no julgado de Marshall, atribuiu-se modernamente ao Judiciário uma posição de supremacia, conferindo às suas decisões, em matéria de vital importância social e política, o livramento de qualquer contenção por parte dos demais poderes.

Assim, como bem resume Marcelo Casseb Continentino⁹⁰, “para exercer o controle judicial das leis, o juiz deve necessariamente ser investido numa posição de significativo poder, o que pressupõe a existência de efetiva independência judicial e da prerrogativa de interpretar as normas.”

A legitimação do controle judicial de constitucionalidade era algo impensável durante o regime monárquico brasileiro, muito embora suas premissas já fossem conhecidas e suas ideias há muito tempo concebidas. Seria necessário para sua aceitação – e posterior adoção –, como visto, uma quebra de paradigma, pois, no Brasil Imperial, o Poder Judiciário, limitado, não era mais do que um ramo do Poder Executivo. Ademais, mesmo durante a formação da Assembleia Constituinte de 1823 sequer houve espaço para adoção de uma rigidez constitucional, uma vez que, consoante restou expressamente estabelecido no Decreto Imperial de 03 de junho de 1822, uma de suas singularidades foi a sua investidura no exercício simultâneo de produção de legislação ordinária. Nem mesmo a outorga da Constituição de 1824 foi capaz de adotar a rigidez constitucional, pois, como leciona Manoel Jorge e Silva Neto, nos termos de seu artigo 178⁹¹, a Carta Imperial era semirrígida.⁹²

Vale destacar que a adoção de uma constituição rígida, a qual, segundo a lição de José Afonso da Silva⁹³, pode ser traduzida na regra de estabilidade e imutabilidade das regras

⁹⁰ CONTINENTINO, 2015, p. 81.

⁹¹ Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias. (BRASIL. Constituição (1824). Ob. cit. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 16 set. 2017).

⁹² “A semirrígidez da Carta Imperial de 1824. Muito embora não estivesse relacionada precisamente às prerrogativas do Poder Moderador, cumpre assinalar que a Constituição Imperial possuía característica singular no contexto dos sistemas constitucionais brasileiros: a semirrígidez. Significa afirmar, de outro modo: a Carta de 1824 contava com dispositivos constitucionais cuja reforma somente se apresentaria viável através de procedimentos mais solene e difícil que o referente às leis ordinárias; todavia, determinados temas poderiam ser alterados sem a solenidade requerida para os demais” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118).

⁹³ “A rigidez, como se sabe e já dissemos, refere-se à maior dificuldade da mudança das constituições e confere às suas normas supremacia jurídica em relação às demais regras jurídicas da ordenação estatal. Impede sua modificação por via de legislação ordinária ou complementar e gera a invalidade ou ineficácia das leis e atos que a infringirem. Significa isso que as normas que consubstanciam o princípio da rigidez constitucional funcionam,

constitucionais, conferindo-lhe superioridade dentre as demais leis, é imprescindível como fonte de parâmetro do controle constitucional, porquanto este se realiza mediante a ponderação⁹⁴ de regras e princípios veiculados no texto escrito da Carta Política, enquanto fonte hierárquica superior, em possível colisão de sentido com os valores expressos na edição posterior de disposição legislativa infraconstitucional.

Deste modo, apenas poderá existir controle de constitucionalidade se o ordenamento político de uma nação adotar uma constituição rígida, prestigiando, assim, a supremacia da norma constitucional em detrimento das demais produções legislativas⁹⁵. Esta concepção, da qual resulta a diferenciação entre lei ordinária e constitucional, implica a consideração de superioridade desta sobre aquela, pois, como esclarece Luís Roberto Barroso⁹⁶, se a Constituição – enquanto norma fundamental do sistema jurídico vigente – regula o modo de produção legislativa, ela, por consequência, também impõe, enquanto parâmetro de harmonização do ordenamento legal, o seu conteúdo.

Nesse sentido, destacam-se as ponderações tecidas por Paulo Gustavo Gonet Branco⁹⁷:

A concepção da Constituição como norma jurídica suprema criou as condições necessárias para que admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis, integrando ao constitucionalismo moderno a doutrina do *judicial review*, pela qual o Judiciário se habilita a declarar não-aplicáveis normas contraditórias com a Constituição.

No contexto pátrio, pode-se, historicamente, afirmar que somente com o advento da Constituição Republicana de 1891 restaram acolhidos, em nossa cultura política, os princípios

a um tempo, como instrumentos assecuratórios da eficácia das outras disposições inseridas no estatuto maior do Estado e como reguladoras desse eficácia no tempo, visto que, admitindo sua modificação mediante lei de emenda constitucional, demonstram que sua imutabilidade não é absoluta, mas relativa” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 196).

⁹⁴ “É essa a oportunidade ouro da interpretação constitucional pelo Judiciário, momento em que o juiz pondera dois valores: aquele traduzido num diploma legal infraconstitucional em face de valores albergados em regras ou princípios constitucionais, num confronto de sentidos que ele, juiz, tem que descobrir nos dois textos em confronto, para decidir da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da regra confrontada com a constituição” (SILVA, 2001, p. 879).

⁹⁵ Nesse diapasão, inclusive, é o escólio de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Não se pode restar dúvida que em um país de Constituição rígida, onde existe diferenciação, quanto ao valor, entre a lei ordinária ou o ato do executivo e a Constituição, é o judiciário, em virtude dos princípios que determinaram a sua criação, e da competência, que lhe é outorgada, de interpretar antes de julgar, o poder escolhido para oráculo da lei básica. Ao declarar-se que o poder judiciário é o intérprete da Constituição, não se quer conceder que só ele é quem exerce essa função, e sim que é apenas quem a exerce em último recurso” (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 91).

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33.

⁹⁷ BRANCO, 2009, p. 47.

da independência do Poder Judiciário e a rigidez constitucional, fomentando, assim, em solo nacional, o acolhimento e o desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade.

O Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal⁹⁸, foi direto e claro ao afirmar a ruptura de paradigma como o regime político anterior, tendo, em sua exposição de motivos, publicamente consignado que o Poder Judiciário “de poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influencia do seu critério decisivo”, possuindo, ainda, como fundamento institucional o objetivo de “manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão”.

Restava, portanto, em nossa história constitucional, reconhecido um dos pressupostos do controle jurisdicional de constitucionalidade: o princípio fundamental de que só um poder judicial independente seria capaz de defender com eficácia a liberdade e os direitos dos cidadãos na luta desigual entre o indivíduo e o Estado, tendo sido, neste normativo, rigorosamente observado.

A primeira Carta de Direitos republicana, caracterizada por sua rigidez, adotou no enunciado do art. 59, § 1º, alínea “a”, em sua redação originária, o controle judicial de fiscalização de constitucionalidade, atribuindo ao Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal - STF, competência para declarar a invalidade de leis à luz do texto constitucional.

Com a edição da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, o nosso sistema jurídico constitucional finalmente se alinhou ao modelo de separação de poderes concebido pela república norte-americana, tendo sido expressamente estabelecida a competência funcional dos juízes e dos tribunais na apreciação da validade das leis e dos regulamentos que, caso fossem manifestamente incompatíveis com a Constituição, poderiam ser afastados no caso concreto (art. 13, § 10)⁹⁹, tendo sido o texto constitucional reconhecido manifestamente como parâmetro de validade legislativa.

⁹⁸ BRASIL. Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890. *Organiza a Justiça Federal*. CLBR, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>>. Acesso em: 03 out. 2017.

⁹⁹ BRASIL. Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894. *Completa a organização da Justiça Federal da Republica*. Coleção de Leis do Brasil - 1894, Página 16 Vol. 1 pt I. Disponível em:

Ressalte-se, por oportuno, que, atualmente, na égide da Constituição de 1988, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2005¹⁰⁰, a parametricidade fiscalizatória foi ampliada, porquanto se tornaram equivalentes às emendas constitucionais os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos quando aprovados de acordo com o idêntico processo legislativo estabelecido ao poder constituinte derivado.¹⁰¹

O controle judicial difuso de constitucionalidade, durante várias décadas, foi o único modelo de fiscalização de validade de leis existente no Brasil, até que, em 1965, por meio da Emenda Constitucional n.º 16/65, foi inserido o modelo abstrato ou concentrado de controle de constitucionalidade, podendo-se hoje afirmar que o controle jurisdicional de constitucionalidade consiste em um modelo de perfil misto, porquanto é composto por dois tipos de controle: o concentrado e o difuso.

No controle difuso é atribuída a qualquer juiz a primazia de apreciar, no exercício de sua função estatal interpretativa, a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em confronto ao texto da Constituição. Foi o que restou defendido no emblemático caso julgado pelo *Chief of Justice* John Marshall, no célebre caso *Marbury vs Madison*; e, ainda, como desde 1891, tem-se adotado em nosso ordenamento constitucional.

Já no controle concentrado, apenas a título de complementação, a competência para julgar a questão de validade de normas perante a Constituição é reservada a um único órgão judicial, cabendo-lhe a única e última palavra sobre a arguição de inconstitucionalidade legislativa.

Diferenciam-se, também, quanto aos efeitos de suas decisões.

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-norma-pl.html>>.

Acesso em: 3 out. 2017.

¹⁰⁰ Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 03 out. 2017.

¹⁰¹ “A reforma da Constituição é processo técnico de mudança constitucional. Trata-se de criação do poder constituinte originário, do qual o poder de reforma recebeu a incumbência de introduzir alterações na Constituição, para afeiçoá-la às exigências do tempo” (HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 79).

No caso do controle difuso, os efeitos são, em regra, *ex tunc e inter partes*¹⁰², ou seja: a decisão de inconstitucionalidade proferida nesta via retroage para afetar o ato normativo desde a sua edição. Vale dizer que a teoria da nulidade¹⁰³ da lei está relacionada ao precedente americano que deu origem ao controle difuso de constitucionalidade (*Marbury vs Madison*). Isto porque, em sua decisão, o juiz John Marshall, defendeu que a nulidade de uma norma inconstitucional decorre como resultado do silogismo da supremacia constitucional enquanto parâmetro de equalização do sistema jurídico, de modo que a lei ou o ato normativo que for incompatível com o texto constitucional não pode subsistir.¹⁰⁴

Excepcionalmente, apenas quando o controle difuso é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, admite-se a modulação de seus efeitos¹⁰⁵, muito embora, ainda, hoje, não seja um tema pacificado no âmbito da Suprema Corte, podendo-se, por exemplo, citar a recente manifestação do Ministro Marco Aurélio de Mello no julgamento do RE n.º 593.849/MG¹⁰⁶:

Nós não somos legisladores.

Não podemos criar para o processo subjetivo – e aí partir para a conclusão de que é possível implementar-se a modulação com maioria absoluta e não qualificada de dois terços –, um novo instituto, como se fôssemos congressistas, como se fôssemos legisladores. Há de haver uma autocontenção. Há mais, Presidente. Disse, já em assentada anterior, que não podemos mesclar, para observar ou não o instituto próprio, o processo objetivo e o processo subjetivo.

A modulação em processo subjetivo, para mim, é um parto a fórceps que pode maltratar o feto, o resultado, que é o julgamento.

¹⁰² “As decisões proferidas em controle difuso têm efeito vinculante apenas para as partes litigantes e para o próprio órgão a que se dirige” (BRASIL. STF, AgR na Rcl n.º 6.416/SP, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2009, DJe de 16/10/2009).

¹⁰³ Confira-se, a propósito, o escólio do Ministro Gilmar Mendes contido no voto proferido no julgamento do RE n.º 348.468/MG: “O poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, a, b e c) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade. A faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, a) (Cf., a propósito, Rp 980, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 96, p. 508). Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional (mediante interposição de recurso extraordinário) demonstram que o constituinte pressupõe a nulidade da lei inconstitucional” (BRASIL. STF. RE n.º 348.468/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe de 19/02/2010).

¹⁰⁴ Em contrapartida, Hans Kelsen defende a teoria da anulabilidade, a qual significa a possibilidade de fazer que ele desapareça, juntamente com suas consequências jurídicas, uma vez que a decisão que a reconhecesse teria natureza constitutiva negativa, isto porque “a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa” (KELSEN, 2013, p. 152).

¹⁰⁵ Veja no STF: RE n.º 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07/05/2004; HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01/09/2006; MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe 17/10/2008, dentre outros.

¹⁰⁶ BRASIL. STF, RE n.º 593.849/MG, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, DJe 05/04/2017.

Já no caso do controle abstrato, os efeitos são gerais (*erga omnes*) e podem ser *ex tunc* (retroagem), *ex nunc* (não retroagem) ou *pro futuro* (determinados para uma data ou marco futuro a ser estabelecido na própria decisão), ou seja, é possível a modulação dos efeitos temporais para que o seu alcance seja retroativo ou não, podendo, ainda, passar a valer condicionada a um evento futuro preestabelecido.

Importante se faz observar que no controle difuso, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, não há declaração de inconstitucionalidade de uma lei, apenas é conferida ao julgador, singular ou colegiado, a competência de deixar de aplicá-la ao caso concreto, se entender que ela seria inconstitucional.

Atualmente, são dois os dispositivos constitucionais que fundamentam o controle difuso de constitucionalidade em nosso sistema jurídico: primeiro, o art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição, que consagra o princípio angular da inafastabilidade da jurisdição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”); e, segundo, o art. 97 da CF/1988, que estabelece a cláusula de reserva de plenário, também chamada de regra de *full bench*, para que os tribunais, ordinários ou superiores, exerçam no caso concreto, por via incidental¹⁰⁷, o controle difuso.

Funda-se, precipuamente, na inafastabilidade da tutela jurisdicional, enquanto princípio político constitucional¹⁰⁸, o papel institucional do Poder Judiciário, ao qual foi conferida, por manifestação democrática, a todos os juízes, sem qualquer exclusão, a salvaguarda da Constituição Federal e, por conseguinte, a aplicação do direito em cada caso concreto.

Ora, não se pode olvidar, de forma alguma, que é a norma constitucional que confere a estabilização do sistema jurídico e, por conseguinte, a segurança das relações sociais. Pontes de Miranda¹⁰⁹ é incisivo em afirmar que, para o bom êxito da regra

¹⁰⁷ Como leciona Luís Roberto Barroso (2016, p. 72), “tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio”, sendo, em regra, exercido de modo difuso, admitindo-se, todavia, excepcionalmente, em sede arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei n.º 9.982, de 03 de dezembro de 1999), uma hipótese de controle incidental concentrado.

¹⁰⁸ “Princípios políticos são aqueles que estabelecem que o Poder Judiciário deve assegurar a efetiva obtenção da Justiça, fundado no Direto e nas leis vigentes, com o máximo de garantia social e o mínimo de sacrifício individual, tanto no plano econômico quanto no da liberdade individual” (CRETILLA NETO, José *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 32).

¹⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *Defesa, guarda e rigidez das constituições*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial, dez.2013, p. 23-45.

constitucional, somente mediante a conferência aos tribunais e aos juízes do conhecimento e da apreciação da inconstitucionalidade das leis que se pode evitar a contradição do ordenamento jurídico.

Sem dúvida, o corolário da inafastabilidade da jurisdição é a principal garantia dos direitos subjetivos, razão pela qual o Poder Judiciário¹¹⁰, desde que seja provocado e, concomitantemente, exista a plausibilidade da alegada ameaça ao direito, nos dizeres de Alexandre de Moraes¹¹¹,

é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Por ser uma garantia fundamental¹¹², expressamente salvaguardada pelo texto maior da Constituição, é necessário que se assegure ao insurgente ou ao lesado o acesso efetivo ao judiciário, não lhe sendo aplicável, em qualquer hipótese – inclusive por disposição de lei ordinária –, interpretação restritiva¹¹³, porquanto, como leciona Paulo Roberto Lyrio Pimenta¹¹⁴, “a amplitude no seu exercício significa que as partes litigantes poderão levantar qualquer tipo de argumento, inclusive a arguição de inconstitucionalidade de lei, como questão incidental”. Tendo sido previsto, portanto, em nosso ordenamento a mais ampla defesa e acesso à tutela jurisdicional, permitindo-se o controle judicial sobre qualquer tipo de lide e em qualquer grau de jurisdição.

¹¹⁰ “A Constituição fez do Judiciário o guardião dos direitos individuais, tanto que nem a lei pode subtrair de seu conhecimento, ‘qualquer lesão’ a esses direitos. De outra parte, a Constituição proclama que os princípios que ela adota devem distender-se para mais amplamente tutelar os direitos individuais. Assim sendo, podem ser extraídos de seus textos e respectivo conteúdo princípios que orientam o exercício da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário” (MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 72).

¹¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 197.

¹¹² “A ordem constitucional brasileira assegura, de forma expressa, desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5º, XXXV). Tem-se aqui, pois, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional* (Série IDP). 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219).

¹¹³ Nesse sentido, como adverte Luiz Rodrigues Wambier: “a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional traz consigo, portanto, a imposição de universalidade dessa proteção. Não pode ser excluída do Judiciário, contra a vontade das partes litigantes, a apreciação de conflito de qualquer natureza. Não se admitem limitações objetivas (conforme a natureza da disputa, o tipo do direito pretendido etc.) nem subjetivas (todos podem levar suas pretensões à Jurisdição)” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol I 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 74).

¹¹⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.79.

Ou seja, e destaque-se, aqui, a sua importância: um princípio fundamental constitucional não pode ser reduzido ou eliminado por uma legislação infraconstitucional, a qual compete potencializar os preceitos constitucionais ou, ao menos, dar-lhes efetividade. É essa a premissa vital que legitima os juízes e os tribunais, em sua generalidade, exercerem o controle difuso de constitucionalidade.

As leis ordinárias – dentre elas, a Lei n.º 13.105/2015 – estão subordinadas à Constituição.

Nesse particular, colaciona-se a lição de José Frederico Marques:

Os princípios constitucionais, de regra, são princípios gerais, uma vez que a eles se subordinam normas particulares da legislação ordinária. Se a Constituição é a lei das leis porque nela se contém os princípios fundamentais da organização do Estado e das garantias do indivíduo em face do poder público, a lei ordinária, ao regulamentar determinada matéria sobre a qual a Constituição traz expressas normas ou preceitos, tem de aplicar o que se contém nos textos constitucionais.

Com efeito, a fiscalização difusa de constitucionalidade das leis, nos termos que foi insculpida, enquanto cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988), não pode ser sequer limitada pelo legislador ordinário¹¹⁵, por reforma ou alteração legislativa, podendo, por conseguinte, ser arguida, em regra, em qualquer tipo de procedimento jurisdicional (de cognição ou recursal).

Entretanto, cumpre destacar que, durante o evolucionismo constitucional brasileiro, mormente com o advento da Carta Política de 1934, o controle difuso sofreu um significativo incremento: em se tratando de órgão jurisdicional colegiado, foi introduzida a cláusula de reserva de plenário¹¹⁶, cujo escopo, para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹¹⁷, visava a

¹¹⁵ “Veda-se, porém, aquela intervenção legislativa que possa afetar a proteção judicial efetiva. É o núcleo essencial do direito fundamental à proteção judicial que deve ser respeitado por produção legislativa superveniente, sob pena de inconstitucionalidade da regra posterior. Dessarte, a simples supressão de normas integrantes da legislação ordinária sobre esses institutos pode lesar não apenas a garantia institucional objetivo, mas também direito subjetivo constitucionalmente tutelado” (MENDES, 2012, p. 219).

¹¹⁶ Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. (BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em 10 out. 2017).

¹¹⁷ “[...] o Tribunal Pleno, como visto, para declarar a inconstitucionalidade, deve fazê-lo pela maioria absoluta dos seus membros. E, também, tal maioria se impõe para proclamar a constitucionalidade, a fim de ficar bem fixada a diretriz a respeito, evitando-se quanto possível, oscilação da jurisprudência” (MELLO, 1980, p. 165).

conferir maior grau de certeza e segurança jurídica à decisão que declarasse incidentalmente, no âmbito dos tribunais, a inconstitucionalidade da lei.

Na Constituição atual, promulgada em 05 de outubro de 1988, esta regra, reproduzindo a concepção original, encontra-se normativamente disposta no artigo 97, segundo o qual, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Nesse ponto, ressaltando a importância de seu acatamento pelas Cortes de justiça em geral, o Supremo Tribunal Federal entende que a estrita observância¹¹⁸, por todos os tribunais, do postulado da reserva de plenário (cláusula do *full bench*¹¹⁹), inscrito no art. 97 da Constituição Federal de 1988, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, de modo que, como assevera o Ministro Celso de Mello, “nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em consequência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público”, uma vez que “essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial.”¹²⁰

2.5. Fecho.

Do exposto, denota-se, conclusivamente neste capítulo, que o exercício da jurisdição constitucional difusa no Brasil somente foi possível quando: a) a nossa realidade política adotou o ideário do regime republicano, mormente a teoria da separação dos poderes

¹¹⁸ Súmula Vinculante 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (BRASIL. STF. Sessão Plenária de 18/06/2008, DJe n.º 117 de 27/6/2008, p. 1 e DOU de 27/6/2008, p. 1).

¹¹⁹ “Inexiste ofensa ao art. 97 da Constituição da República, que consagra o postulado da reserva de plenário, se o julgamento proferido por órgão fracionário de Tribunal resolve o litígio à luz do ordenamento infraconstitucional. Precedentes. Ausência de transgressão, no caso, à cláusula constitucional do ‘full bench’. Consequente inocorrência de desrespeito à Súmula Vinculante 10/STF” (BRASIL. STF. AgR na Rcl n.º 11237/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, DJe de 30/10/2014).

¹²⁰ BRASIL. STF, AgR no AI n.º 615.686/PR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/09/2007, DJe de 30/11/2007.

concebida pelo Barão de Montesquieu e aprimorada pelos debates federalistas empreendidos pelos *founding fathers* da democracia norte-americana que culminaram com a ascensão do Poder Judiciário¹²¹ enquanto ramo independente de governança; b) o nosso sistema jurídico albergou em seu seio uma constituição rígida, estabelecendo-a como parâmetro fundante de validade das leis e dos atos normativos emanados pelos demais poderes estatais; e, c) após paulatina evolução constitucional, o controle judicial difuso, calcado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, foi alçado, enquanto categoria de garantia individual fundamental (art. 5.º, XXXV, da CF/1988)¹²², ao patamar cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988), não admitindo, portanto, restrições interpretativas ou reformas legislativas limitativas.

¹²¹ “A nova realidade de poder desempenhado pelo juiz constitucional é tributária do reconhecimento da Constituição como documento jurídico fundante e superior da comunidade política, definidor, além disso, de direitos básicos do ser humano” (BRANCO, 2009, p. 56).

¹²² “No tocante aos direitos e garantias individuais, mudanças que minimizem a sua proteção, ainda que topicamente, não são admissíveis” (MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 223).

3. A QUESTÃO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM RECURSO ESPECIAL.

Como visto no capítulo anterior, o controle difuso de constitucionalidade é da tradição do direito constitucional brasileiro, desde a Constituição de 1891, traduzindo-se no dever e no poder de qualquer órgão julgador, juiz ou tribunal, examinar incidentalmente, como matéria prejudicial, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, lembrando, ainda, que, dada a máxima otimização que o legislador constituinte originário quis conferir à garantia fundamental da efetiva proteção jurisdicional, pode ser arguido em sede de cognição recursal, inclusive, em sede de recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Corroborando tal assertiva, transcreve-se, a respeito, as palavras de Teori Albino Zavascki:¹²³

Pois bem: qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. Aí reside justamente a essência do que se denomina jurisdição constitucional: é a atividade jurisdicional do Poder Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição. Nessa seara, não há dúvida que ao STF cabe, precipuamente, a guarda da Constituição; todavia, também é certo que essa não é atribuição exclusivamente sua. Pelo contrário, se nos tocasse apontar um signo marcante e especial do Poder Judiciário brasileiro, esse certamente é o da competência difusa atribuída a todos os seus órgãos e a todos os seus agentes para, até mesmo de ofício, cumprir e fazer cumprir as normas constitucionais, anulando, se necessário, atos jurídicos, particulares ou administrativos, concretos ou normativos, com elas incompatíveis. Em outras palavras: todos os órgãos do Poder Judiciário estão investidos da jurisdição constitucional, não se podendo imaginar que tal atribuição seja estranha ao plexo de competência de um dos principais tribunais da Federação, que é o STJ.

O aspecto mais desafiador da jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça diz respeito a sua competência recursal extraordinária (*lato sensu*), ou seja: no julgamento do recurso especial.

No que diz respeito à arguição de inconstitucionalidade no âmbito do Tribunal da Cidadania, cumpre registrar que, embora grande parte dos incidentes¹²⁴ submetidos à Corte

¹²³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Jurisdição constitucional do STJ*. Revista de Processo: RePro, v. 37, n. 212, out. 2012.

¹²⁴ Colaciona-se, aqui, após a pesquisa na base de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, todos os incidentes de inconstitucionalidade já julgados pelo STJ, resgatados pelo critério especializado utilizado na colheita das informações mediante o auxílio da Secretaria de Jurisprudência do STJ: **Recurso Especial (8): AI no REsp 1.419.104/SP**, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 21/06/2017, DJe 15/08/2017; **AI no REsp 1.266.318/RN**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 06/11/2013, DJe

Especial do STJ tenha sido suscitada no julgamento de ações originárias e de recursos ordinários constitucionais, aproximadamente um terço (1/3) deles surgiu no âmbito de recursos especiais.

Não são incomuns classificações e afirmações doutrinárias e jurisprudenciais (fruto de decisões elaboradas massivamente) peremptórias que estabelecem um divisor hermético e insuperável entre questões constitucionais (as quais são suscetíveis apenas em recurso extraordinário de competência do STF) e questões de direito federal (estas limitadas à

17/03/2014; **AI no REsp 1.291.636/DF**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 21/11/2013; **AI no REsp 1.318.249/GO**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 10/12/2103; **AI no REsp 1.135.354/PB**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 02/06/2011; **AI no REsp 616.348/MG**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 15/08/2007, DJ 15/10/2007; **AI no REsp 215.881/PR**, Rel. Ministro Franciulli Netto, Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 18/04/2001, DJ 08/04/2002; **REsp 12.005/RS**, Rel. Ministro Athos Carneiro, Quarta Turma, julgado em 20/04/1993, DJ 28/06/1993; **Agravo de Instrumento (1): AI no Ag 1.037.765/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 02/03/2011, DJe 17/10/2011; **Embargos de Divergência em Recurso Especial (4): AgRg nos EREsp 1159427/RN**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 15/05/2013, DJe 28/05/2013; **AI nos EREsp 727.716/CE**, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, DJe 23/05/2011; **AgRg no AgRg nos EREsp 305.900/DF**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 06/10/2010, DJe 09/11/2010; **AI nos EREsp 644.736/PE**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 06/06/2007, DJ 27/08/2007; **Mandado de Segurança (1): AI nos MS 4.993/DF**, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Corte Especial, julgado em 21/10/1998, DJ 19/02/2001; **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (12): AI no RMS 41.885/MG**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 17/06/2015, DJe 28/08/2015; **AI no RMS 31.170/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 18/04/2012, DJe 23/05/2012; **AI no RMS 28.910/RJ**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 21/03/2012, DJe 08/05/2012; **RMS 17.112/SC**, Rel. Ministra Denise Arruda, Corte Especial, julgado em 03/06/2009, DJe 04/08/2009; **AI no RMS 6.068/MT**, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 28/11/2002, DJ 04/08/2003; **AI no RMS 5.063/PE**, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 18/06/1997, DJ 24/11/1997; **AI no RMS 1.962/MS**, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Demócrito Reinaldo, Corte Especial, julgado em 07/05/1997, DJ 25/05/1998; **AI no RMS 1.203/MS**, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Américo Luz, Corte Especial, julgado em 11/05/1995, DJ 07/08/1995; **AI no RMS 988/PE**, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 12/08/1994, DJ 24/10/1994; **AI no RMS 1.178/RS**, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 23/09/1993, DJ 10/10/1994; **AI no RMS 307/SP**, Rel. Ministro Pedro Acioli, Rel. p/ Acórdão Ministro Américo Luz, Corte Especial, julgado em 08/08/1991, DJ 18/11/1991; **AI no RMS 462/MG**, Rel. Ministro Pedro Acioli, Rel. p/ Acórdão Ministro Américo Luz, Corte Especial, julgado em 01/07/1991, DJ 04/11/1991; **Habeas Corpus (2): AI no HC 239.363/PR**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015; **AI no HC 120.353/SP**, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 04/11/2009, DJe 18/12/2009; **Recurso Ordinário em Habeas Corpus (1): RHC 881/SP**, Rel. Ministro Assis Toledo, Rel. p/ Acórdão Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, julgado em 11/04/1991, DJ 11/11/1991, p. 16128, DJ 16/03/1992; **Notícia-Crime (1): AI na NC 195/PE**, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 24/06/2002, DJ 12/05/2003; **Sentença Estrangeira Contestada (1): SEC 11.962/EX**, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 04/11/2015, DJe 25/11/2015; **Conflito de Competência (1): AI no CC 1.987/MS**, Rel. Ministro Garcia Vieira, Rel. p/ Acórdão Ministro Athos Carneiro, Corte Especial, julgado em 11/02/1993, DJ 15/03/1993; **Ação Penal Originária (2): APn 297/MG**, Rel. Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, julgado em 05/05/2004, DJ 16/05/2005; **AgRg na APn 27/BA**, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, julgado em 13/02/1992, DJ 20/04/1992.

apreciação do STJ, no julgamento dos recursos especiais), de modo que, nessa visão obtusa, estaria, de fato, o STJ definitivamente impedido de exercer a jurisdição constitucional.

Essa afirmação, frisa-se, é falsa!

Como se verá no presente estudo, essa percepção falaciosa será gradativamente desconstituída, demonstrando que tal entendimento compreende o fenômeno em análise sob ângulo muitíssimo limitado à luz dos princípios hermenêuticos priorizados pelo Novo Código de Processo Civil.

No direito processual pátrio, os recursos excepcionais foram previstos inicialmente, de forma singular, na Carta Política de 1891, cujo texto original afirmava que caberia recurso¹²⁵ (inominado) ao Supremo Tribunal Federal – STF quando se questionasse sobre a validade da aplicação de tratados ou leis federais e, ainda, a decisão dos tribunais fosse contra elas (art. 51, § 1º, alíneas *a* e *b*¹²⁶).

Incorporou-se, ao nosso sistema jurídico, uma concepção oriunda do direito norte americano¹²⁷. Concebido no século XVIII, o *writ of error* norte-americano (ou, em tradução livre, “alvará de erro”) previa que caberia ao exame da Corte Suprema dos EUA a controvertida aplicação de lei federal ou disposição constitucional dada pela interpretação de um tribunal estadual. Ressalte-se que, desde sua origem no direito comparado, a interposição

¹²⁵ “Referido recurso, no entanto, veio imbuído de novo espírito, inerente à federação que havia sido instalada. Na Argentina, a denominação ‘recurso extraordinário’ já existia, e era atribuída pela doutrina a recurso que, naquele país, tinha a mesma função que viria a ter o recurso extraordinário no Brasil. Mas também o antigo recurso de revista luso-brasileiro era considerado pela doutrina da época um ‘recurso extraordinário’. Talvez por uma dessas razões históricas a denominação ‘recurso extraordinário’ foi atribuída a este recurso pelo primeiro regimento do Supremo Tribunal Federal, de 08.02.1891 (art. 33, § 4º e art. 99), e veio a ser acolhida pela lei em 1894 (Lei 221, de 20.11.1894, art. 24), sendo a partir de então largamente utilizada, o que determinou a consolidação do termo, até hoje empregado” (MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 118).

¹²⁶ BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

¹²⁷ “O recurso extraordinário, pois, é o que se interpõe, nos casos permitidos pela Constituição, das decisões da segunda instância da justiça local para o Supremo Tribunal Federal, para o fim de manter a autoridade da Constituição e das leis substantivas e tratados federais em todo o território nacional. Na essência, o nosso recurso extraordinário é idêntico ao *writ of error* dos norte-americanos. O que diferencia um do outro, é que, competindo pela Constituição norte-americana aos Estados legislar sobre o direito civil, commercial e penal, e sendo essa atribuição entre nós conferida ao Congresso Nacional, maior há de ser necessariamente em nosso país o numero de casos em que tal recurso póde e deve ser interposto; pois, sua função no Brasil consiste em manter, não só a autoridade da Constituição e de algumas leis federais, como a autoridade, e consequentemente, a unidade do direito civil, commercial e penal em todo o território da União” (LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Prefácio de Roberto Rosas. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 103).

do recurso extraordinário dependia do prévio tratamento da questão (prequestionamento) na instância de origem.

A título ilustrativo de seu uso pelos norte-americanos, colaciona-se a lição de John Marshall, juiz-presidente da Suprema Corte dos EUA nos anos de 1801 a 1835, proferida em seu voto¹²⁸ no caso *Cohens vs Virginia*, datado de 1821, cujo impetrante do *writ of error* alegava que a sentença proferida pelo Tribunal de Conselheiros da cidade *Norfolk* - VA, que o condenava por ter cometido conduta ilícita de acordo com a lei do Estado da Virgínia, feria a emenda constitucional n.º XI, *in verbis*:

O ponto de vista sob o qual o alvará de erro, com a sua citação, tem sido considerado uniformemente nos tribunais da União, há sido bem elucidado por uma referência à praxe deste Tribunal em ações intentadas pelos Estados Unidos. A opinião universalmente aceita é que nem uma ação pode ser começada ou seguida contra os Estados Unidos; que a lei judiciária não autoriza tais ações. Todavia, alvarás de erro, acompanhadas de citações, têm sido uniformemente expedidos para a remoção de casos julgados em favor dos Estados Unidos para este Tribunal Superior, onde, há semelhança dos casos favoráveis aos indivíduos, eles têm sido revistos, confirmados ou revogados. Jamais se sugeriu que tais alvarás de erro fossem ações intentadas contra os Estados Unidos e, portanto, não inclusos na jurisdição por via de recurso.

É, pois, nossa opinião que o réu que faz remover para este Tribunal os autos da sentença contra ele proferida por um tribunal do Estado, e o faz remover para o fim de examinar-se de novo a questão, se essa sentença incorre em violação da Constituição ou de lei dos Estados Unidos, não começa nem segue ação alguma contra o Estado, na qual, qualquer que seja a sua decisão, o alvará possa ter o efeito de restituir a parte na posse da coisa apreendida.

Nota-se, portanto, do trecho acima citado, a existência de um recurso anterior à nossa previsão constitucional de 1891 e dirigido à instância superior, cuja concepção no direito costumeiro norte-americano, consolidou-se definitivamente por intermédio do *judiciary act* em 1789.

Atualmente, o recurso extraordinário se encontra previsto no art. 102, II, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, da Constituição Federal de 1988, competindo ao Supremo Tribunal Federal julgar, por meio deste, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; e, d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

¹²⁸ MARSHALL, 1997, p. 193.

O recurso especial, por sua vez, de concepção recente, foi previsto e disciplinado pela Constituição de 1988, a partir do surgimento, no plano e na organização estrutural do Poder Judiciário Nacional, do Superior Tribunal de Justiça.

3.1. A criação do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que, desde a promulgação do Decreto 848, de 1890 (o qual embrionariamente organizou a Justiça Federal), a república brasileira, ao longo dos séculos dezenove e vinte, modificou-se profundamente e o Judiciário teve, enquanto poder estatal, que acompanhá-la. Geograficamente, assistiu-se à interiorização da ocupação do território nacional e o crescimento demográfico. Mercadologicamente, ocorreu a industrialização e o desenvolvimento econômico da nação. Coletivamente, eclodiu a nova complexidade dos problemas sociais, dos contratos de massa e a expansão dos meios de comunicação.

Era necessária, para garantir a eficácia do provimento jurisdicional e a segurança jurídica de nosso ordenamento, a cisão da competência do Supremo Tribunal Federal que, até então, cabia a guarda da Constituição e a uniformização da legislação federal.

Com efeito, como rememora José Frederico Marques¹²⁹, o recurso extraordinário, até então, era um instrumento processual destinado a impedir, além da higidez das normas constitucionais, “a aplicação e vigência do direito federal em todos os quadrantes da Nação”, de modo a assegurar a “tutela efetiva dos direitos subjetivos, nos conflitos litigiosos de interesses ou lide, segundo o que as leis da União impõem e determinam.”

Com a Constituição de 1946, foi criado, com estruturação orgânica e competências delineadas diretamente do texto constitucional, o Tribunal Federal de Recursos - TFR, que, na verdade, constituía-se em uma Corte de segunda instância na Justiça Federal, concebida para, nessa seara, diminuir as atribuições e tarefas da Suprema Corte.

¹²⁹ MARQUES, 1979, p. 307.

A mudança estrutural do Poder Judiciário, todavia, foi tímida e não atingiu o fim esperado, remanescendo a necessidade de criação de uma nova Corte de sobreposição nacional que, de fato, exercesse parte da competência funcional do Supremo Tribunal Federal.

No ano de 1965, ou seja, ainda sob a égide da Constituição de 1946, a questão foi debatida por notáveis juristas¹³⁰, convidados pela Fundação Getúlio Vargas, no intuito de apresentar, ao Poder Legislativo, uma proposta de Reforma do Judiciário.

Na redação do projeto¹³¹, ao final elaborado, o Poder Judiciário Nacional seria assim estruturado:

CAPÍTULO IV DO PODER JUDICIÁRIO

Seção 1

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 94 - O Poder Judiciário é exercido:

- I - Pelo Supremo Tribunal Federal;
- II - pelos órgãos da Justiça Especial;
- III - pelos órgãos da Justiça Comum.

§ 1.º A Justiça Especial é integrada pelos órgãos, respectivamente, da Justiça Eleitoral (art. 109), da Justiça Militar (art. 106) e da Justiça do Trabalho (art. 122).

§ 2.º São órgãos da Justiça Comum:

- a) o Superior Tribunal da Justiça;
- b) os juízes e tribunais federais;
- c) os juízes e tribunais estaduais.

Quanto à competência extraordinária da nova Corte de sobreposição, assim restou por eles deliberada:

Art. 104. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - Julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por juízes locais e federais:

- a) quando a decisão fôr contrária à letra da lei federal;
- b) quando se questionar validade de lei ou ato do Governo local em face de lei federal;
- c) quando se der dispositivo de lei federal interpretação diversa da que houver sido adotada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça;
- d) quando a interpretação da Constituição ou lei federal fôr divergente da de outro Tribunal do País, sem prejuízo do disposto no art. 101, III, alínea d.

¹³⁰ Dentre eles: Themistocles Cavalcanti, Caio Tácito, Seabra Fagundes, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques e Miguel Reale.

¹³¹ BRASIL. Mesa redonda sobre reforma do poder judiciário. Revista De Direito Público e Ciência Política – Rio de Janeiro – Vol. VIII, n.º 2 – Maio/Agosto, 1965, p. 139.

Previu-se, para tanto, a concepção de um novo tribunal nacional de sobreposição, o qual receberia parte da competência constitucional, relativa ao direito infraconstitucional, da Suprema Corte: o Superior Tribunal de Justiça.

Tem-se, portanto, que, além da reestruturação judiciária, a moção também preconizava a revisão da competência do Supremo Tribunal Federal¹³², de forma a repassar ao recém-nominado Superior Tribunal de Justiça a missão de uniformizar o direito federal, destacando à Excelsa Corte o seu papel de intérprete da Constituição.

A intenção da comissão de notáveis era, sem dúvida, a de tornar o acesso à justiça brasileira mais acessível e eficaz, como se pode ler do trecho a seguir transcrito¹³³ dos debates entre eles havidos:

Assim, declarou o Prof. Mário Pessoa, estar de pleno acôrdo com a reforma da Constituição, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal matéria constitucional que diga respeito aos direitos do homem, em certos casos especiais, ou que tenha ligação direta ou indireta com o problema da soberania nacional. Seria criada também uma alta Côrte de Justiça Especializada, que absorveria os Recursos Extraordinários e os dissídios jurisprudenciais. Dir-se-á que é oneroso para a União, mas seria assegurada a maior eficácia possível ao funcionamento da democracia, que está apoiada na justiça independente, capaz, sobretudo especializada.

Embora o referido estudo tenha sido apresentado ao Poder Legislativo, a Constituição de 1967, contudo, não o considerou em seu texto de vigência.

Posteriormente, o Tribunal Federal de Recursos - TFR, criado pela Constituição de 1946, encaminhou, no ano de 1976, ao Congresso Nacional, um anteprojeto de reforma do judiciário, propondo, em síntese, a descentralização da justiça federal mediante a criação de tribunais regionais e, ainda, a criação de um tribunal com jurisdição nacional com a missão de interpretar e pacificar o direito pátrio infraconstitucional.

O texto foi incorporado à Proposta de Emenda à Constituição n.º 29, de 1976, tendo sido, todavia, preterido pela proposição apresentada pelo Poder Executivo que culminou na

¹³² “6 - Orientou-se o debate nitidamente, por uma solução, que teve aceitação unânime, partindo da revisão da competência do Supremo Tribunal Federal, para colocar esta alta Côrte em seu grande papel de instância constitucional, aliviando-a de encargos que poderíamos qualificar de secundários, se considerarmos o papel que deve desempenhar no sistema judiciário e constitucional” (BRASIL. Mesa redonda sobre reforma do poder judiciário. Revista De Direito Público E Ciência Política – Rio de Janeiro – Vol. VIII, n.º 2 – Maio/Agosto, 1965, p. 136).

¹³³ BRASIL. Mesa redonda sobre reforma do poder judiciário. Revista De Direito Público E Ciência Política – Rio de Janeiro – Vol. VIII, n.º 2 – Maio/Agosto, 1965, p. 156.

Emenda Constitucional n.º 07/1977, a qual apenas aumentou o quadro de membros efetivos do TFR e ampliou a sua competência.

Mais tarde, com o término do regime militar, o Presidente da República José Sarney, por meio do Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985, criou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta por cinquenta membros e presidida por Afonso Arinos de Melo Franco, encarregada de elaborar o Anteprojeto da Constituição brasileira de 1988. O projeto do TFR, anteriormente ignorado pelo Governo Ernesto Geisel, foi enviado com modificações por seus Ministros à Comissão Arinos.

Como rememora o Ministro Carlos Mário da Silva Veloso¹³⁴, a proposta do TFR incluía a instituição de Tribunais Superiores de Direito Público, de Direito Privado e de Direito Penal, aos quais cumpriria a missão de garantir a correta aplicação da lei federal e uniformizarem a jurisprudência dos Tribunais Federais e Estaduais.

Cumprir destacar que o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, embora não tenha sido formalmente adotado no processo de elaboração da Constituição de 1988, pela Assembleia Nacional Constituinte, exerceu grande influência sobre os trabalhos dos parlamentares. E, em sua exposição de motivos, preconizava como objetivo a busca por “uma Justiça mais célere, mais acessível a todos, mais inflexível com todos os infratores da lei, mais apta a dar resposta rápida aos desafios que uma sociedade em acelerada transformação apresenta ao sistema da Justiça.”¹³⁵

¹³⁴ “Nesta ordem de ideias, o Tribunal Federal de Recursos, Tribunal Superior da Justiça Federal, seria o Tribunal Superior de Direito Público da Justiça comum, Federal e Estadual, instituindo-se mais dois outros, de Direito Privado (Civil e Comercial) e de Direito Penal, que abrangeriam, também, a Justiça comum, Federal e Estadual. O primeiro, o Tribunal Federal de Recursos, compreenderia as matérias: direito constitucional, direito administrativo, direito financeiro, direito tributário e direito internacional público; o segundo, o Tribunal Superior Civil, incluiria o direito constitucional, o direito civil e o direito comercial, inclusive a propriedade industrial e o direito internacional privado; o terceiro, o Tribunal Superior Criminal, o direito constitucional e o direito penal. Como se verifica, o direito constitucional seria comum aos três Tribunais. É que a matéria constitucional pode ser suscitada em qualquer processo, seja de direito público, privado ou penal. Ademais, nessa matéria, vale dizer, na matéria constitucional, seria possível, sempre, fala-se em tese, o recurso ao Supremo Tribunal da decisão do Tribunal Superior” (VELOSO, Carlos Mário da Silva. *O poder judiciário na constituição: uma proposta de reforma*. In: CHIARELLI, Carlos Alberto et al. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre: AJURIS, 1985. p. 154).

¹³⁵ BRASIL. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. *Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf>>. Acesso em: 21/01/2018.

Segundo o texto¹³⁶ da proposta daquela Comissão, o Poder Judiciário possuiria a seguinte organização:

CAPÍTULO X
DO PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 267 – O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

- I – Supremo Tribunal Federal;
- II – Superior Tribunal de Justiça;
- III – Tribunais Federais Regionais e juízes federais;
- IV – Tribunais e juízes militares;
- V – Tribunais e juízes eleitorais;
- VI – Tribunais e juízes do trabalho;
- VII – Tribunais e juízes estaduais.

E a competência recursal especial¹³⁷ do novel Superior Tribunal de Justiça seria assim disciplinada:

Art. 282 – Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Federais Regionais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência;
- b) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face de lei federal; e
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ou o Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único – Quando, contra o mesmo acórdão, forem interpostos recurso especial e recurso extraordinário, o julgamento deste aguardará a decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça, sempre que esta puder prejudicar o recurso extraordinário.

Concomitantemente, no âmbito da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, instalada pela Assembleia Nacional Constituinte, em 1º de abril de 1987, foi apresentado um projeto substitutivo contendo, em sua essência, a mesma ideia: a repartição da competência do Supremo Tribunal Federal, mediante a criação de um novo tribunal de sobreposição.

O Judiciário, nessa concepção, seria assim dividido¹³⁸:

Do Poder Judiciário
Seção I
Disposições Gerais

¹³⁶ BRASIL. Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. *Anteprojeto Constitucional*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 20/01/2018.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ BRASIL. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. Ob. cit.

Art. 1 – O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

I – Tribunal Constitucional;

II – Superior Tribunal de Justiça;

III – Tribunais e Juízes Federais;

IV – Tribunais e Juízes Eleitorais;

V – Tribunais e Juízes do Trabalho;

VI – Tribunais e Juízes Agrários;

VII – Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

E, quanto à competência extraordinária¹³⁹ do Superior Tribunal de Justiça, assim dispunha:

Art. 16. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - Julgar em grau de recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida der a tratado ou lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro tribunal ou o próprio Superior Tribunal de Justiça.

Encontram-se, na doutrina, dois argumentos aptos a justificarem, conjuntamente, o porquê da criação do Superior Tribunal de Justiça pelo constituinte de 1988.

Athos Gusmão Carneiro¹⁴⁰ consigna que sua origem adveio da chamada “crise do Supremo Tribunal Federal”, denominando esse momento de modificação do Poder Judiciário, como fruto da desproporcional demanda que abarrotou nossos tribunais, e ainda hoje o faz¹⁴¹, gerando uma desproporcionalidade entre a quantidade de processos e o número de julgadores.

Cândido Rangel Dinamarco defende, por sua vez, que a criação do Superior Tribunal de Justiça trouxe consigo “o mérito de alargar a via de acesso à instância de superposição”¹⁴², contribuindo para a efetivação de uma ordem jurídica justa, isto porque “ampliar o acesso à alta esfera do Poder Judiciário constitui valor muito precioso que, somado ao obstinado

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ “Da instituição do Superior Tribunal de Justiça. São conhecidos os motivos que levaram o constituinte federal de 1988 à criação do Superior Tribunal de Justiça, e à extinção do Tribunal Federal de Recursos. Em última análise, a chamada ‘crise do Supremo Tribunal Federal’, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, posto a cargo dos integrantes do Excelso Pretório. A par da matéria, em competência originária, derivada do exercício de sua fundação de Corte Constitucional, também uma multiplicidade de recursos provenientes de todas as partes de um país sob alto incremento demográfico e com várias regiões em acelerado processo de industrialização e de aumento do setor terciário da economia, acarretando sempre maiores índices de litigiosidade” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área do processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10).

¹⁴¹ Segundo dados estatísticos disponíveis na publicação “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2016, ingressaram na justiça 29,4 milhões de processos - o que representa uma média de 14,3 processos a cada 100 habitantes. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros> >. Acesso em 20 out. 2017.

¹⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa*. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 252.

compromisso de julgar bem, abre novas perspectivas e esperanças de maior acesso à população brasileira à alcandorada fruição dos bens da justiça substancial.”¹⁴³

Note-se, portanto, nesse viés, que o legislador constituinte, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, almejou acertadamente – inspirado talvez, como visto anteriormente, desde os debates promovidos ainda na década de 1960 –, mais do que socorrer o assoberbamento de armários e depósitos no Supremo Tribunal Federal, perquiriu, na verdade, franquear o acesso da sociedade à jurisdição de instância superior.

Deste modo, deve-se destacar que, como parte do objetivo deste estudo, a legislação infraconstitucional, incluindo o novo código processual (Lei n.º 13.105/2015), deve ser lida e interpretada pelo operador do direito através das lentes dos princípios e diretrizes contidos na Constituição Federal, razão pela qual não se pode, como a seguir no próximo capítulo será mais bem sistematizado, olvidar que os valores constitucionais legitimam o Tribunal da Cidadania como órgão judicial apto a exercer a jurisdição constitucional em sede de recurso especial.

Mesmo porque, como descrito ao longo do capítulo anterior, o caminho de ascensão e legitimação do Poder Judiciário para o exercício do controle difuso de constitucionalidade foi lento e gradativo, tendo somente se consolidado após um árduo trabalho de persuasão racional e acontecimentos históricos que hoje não podem ser simplesmente ignorados em detrimento da justificativa rasa de crescimento¹⁴⁴ da demanda judicial, que, aliás, sempre acompanhou¹⁴⁵ a justiça nacional, mormente em face do dinamismo social e da contínua mudança do *ethos vivendi*.

¹⁴³ DINAMARCO, 1991, p. 258.

¹⁴⁴ O número de processos em tramitação não parou de crescer, e, novamente, houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma solução definitiva. Ao final do ano de 2009 tramitavam no judiciário 60,7 milhões de processos. Em sete anos o quantitativo cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano. (BRASIL. CNJ. *Justiça em números*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 20/10/2017).

¹⁴⁵ Para corroborar a assertiva, reproduz-se parte do discurso proclamado pelo Ministro do STF Victor Nunes Leal, em 1964, no qual citava o volume de processos como um dos grandes problemas do judiciário: “O Supremo Tribunal enfrentava dois problemas graves ao êxito ou à eficiência dos seus trabalhos. Primeiro, era o escasso conhecimento de suas decisões, em virtude de várias razões, sendo a principal delas a impossibilidade material de as divulgar em tempo oportuno e pelos meios apropriados. O segundo problema resultava do acúmulo de serviço. Estamos julgando, presentemente, cerca de 7.000 processos por ano. A maior parte refere-se a questões jurídicas que se repetem” (LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. vol. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 45).

3.2. A natureza jurídica e os pressupostos de admissibilidade do recurso especial.

A competência recursal do Superior Tribunal de Justiça é constitucional, sendo-lhe atribuído o processamento e julgamento de recurso ordinário (em sede mandamental) e, em destaque, do recurso especial (art. 105, III, da CF/1988), o qual, como bem leciona Athos Gusmão Carneiro¹⁴⁶, é um recurso extraordinário *lato sensu*, sendo-lhe aplicáveis as construções jurisprudenciais e doutrinárias sobre a sua finalidade e admissibilidade próprias do recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal.

Coaduna-se a esta concepção doutrinária Sálvio de Figueiredo Teixeira, para quem o recurso especial se trata de modalidade de recurso extraordinário *lato sensu*, destinado por previsão constitucional a preservar a unidade e a autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação e aplicação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes¹⁴⁷.

Os recursos excepcionais constituem meios de impugnação à decisão judicial decidida em última ou única instância e sua finalidade constitucional está adstrita ao restabelecimento da segurança jurídica do ordenamento jurídico vigente, por conseguinte, em regra, não se dedicam ao mero reexame probatório da justiça da matéria julgada na instância ordinária.

Com efeito, conceber o recurso especial como meio apto a reapreciar a valoração da prova, relacionando-o à reapreciação da matéria de fato, seria dar natureza de segundo apelo ao recurso constitucionalmente previsto ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça, sendo esta, inclusive, a justificativa semântica do enunciado da Súmula 07 do STJ, ao proclamar que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial¹⁴⁸.

Nesse ponto, somente se poderá dizer que a pretensão recursal se limita à reavaliação da prova e, assim, afastar o aludido empecilho técnico-jurídico de conhecimento, quando o

¹⁴⁶ “Com a promulgação da vigente Constituição Federal, o recurso extraordinário previsto no sistema constitucional anterior foi desdobrado em *recurso extraordinário stricto sensu* – RE e *recurso especial* – REsp, aquele destinado precipuamente à tutela das normas constitucionais nos casos de ‘repercussão geral’, e com julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, III); este, o recurso especial, voltado à tutela da lei (ou tratado) federal, com julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III)” (CARNEIRO, 2011, p. 9).

¹⁴⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Recursos no Superior Tribunal de Justiça* – Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991 p. 109.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 7*. (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”). Corte Especial, julgada em 28 jun. 1990 e publicada no DJ de 03 jul. 1990, p. 6478.

inconformismo veicular alegações de contrariedade ou negativa de vigência às normas legais federais atinentes ao direito probatório, isto quer dizer que a orientação expressa no enunciado da Súmula 07 do STJ somente poderá ser afastada nas hipóteses em que o recurso especial apresenta questões eminentemente jurídicas¹⁴⁹, sem impugnar o quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias no acórdão recorrido¹⁵⁰.

Explica-se: a valoração da prova¹⁵¹, apta a afastar o referido óbice sumular,

refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo representar, ainda, contrariedade a princípio ou regra jurídica, no campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame, nesta Corte. Diversamente, o reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios, para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias de jurisdição e insuscetível de revisão, no Recurso Especial¹⁵².

Vale dizer que a decisão proferida pela instância ordinária, soberana na delimitação dos fatos, caracteriza-se como uma norma individual ao caso em concreto obtida mediante a subsunção da moldura fática à regra legal, logo, o recurso especial somente poderá submeter à Corte Superior a reanálise da correta aplicação da norma federal à qualificação jurídica do fato; isto é, revalorar os fatos não significa instaurar nova discussão sobre as provas trazidas aos autos, mas apenas impingir a correta aplicação dos critérios legais regentes da solução do caso litigioso, consoante os elementos probatórios anteriormente postos na instrução e limitados no corpo do texto decisório proferido pelo grau inferior de jurisdição, seja ele a sentença ou o acórdão recorrido.

Aplica-se, igualmente, no âmbito do recurso extraordinário o mesmo silogismo jurídico acima retratado, nos termos da Súmula 279 do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”).¹⁵³

¹⁴⁹ Confira-se, a propósito, em razão de seu conteúdo didático, o seguinte julgado do STJ: REsp 888.420/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/05/2009, DJe 27/05/2009.

¹⁵⁰ BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 723.035/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 27/11/2015.

¹⁵¹ “A errônea valoração da prova suscetível de revisão nesta Corte decorre de equívoco na aplicação de norma ou princípio no campo probatório, sendo inviável a pretensão de simples reexame de prova” (BRASIL. STJ. AgInt no AREsp 377.471/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/08/2017, DJe 04/09/2017).

¹⁵² BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 235.460/ES, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 16/09/2014.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 279*. Sessão Plenária de 13 dez. 1963, publicada em *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127.

As referidas súmulas cristalizam uma posição muito clara perfilhada pelas cortes de sobreposição no sentido de não funcionarem, em regra, como terceira instância revisora, servindo, como já dito, como tribunais de pacificação da interpretação da Constituição Federal e das leis federais, tendo sido, recentemente, reafirmada pela Corte Especial¹⁵⁴ do Superior Tribunal de Justiça a sua compatibilidade e aplicação aos recursos interpostos à luz do Novo Código de Processo Civil.

A interposição do recurso especial está adstrita ao atendimento das condições impostas para o seu cabimento, sendo elas expressas na redação do art. 105, inc. III, alíneas *a*, *b* e *c*, da Constituição da República, quando a decisão prolatada em única ou última instância: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e, c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.¹⁵⁵

Quanto ao juízo de admissibilidade, assim como o recurso extraordinário no STF, o recurso especial exige, para o seu conhecimento, o atendimento dos pressupostos recursais comuns aos recursos em geral, bem como, também, por expressa exigência constitucional, ter o sucumbente esgotado as vias recursais ordinárias e, no tribunal de origem, haver suscitado o prequestionamento da questão federal controvertida.

O extraordinário e o especial pertencem à mesma categoria excepcional de recurso e seus fundamentos específicos de admissibilidade estão previstos na própria Constituição Federal e não no Código de Processo Civil. Logo, como asseverado, embora também se aplique ao recurso especial os requisitos comuns aos recursos ordinários (quais sejam: previsão legal, adequabilidade, tempestividade, legitimidade e interesse em recorrer), esse recurso excepcional distingue-se daqueles ao apresentar, como desdobramento do pressuposto de cabimento, duas outras exigências constitucionais: o esgotamento das vias ordinárias e o prequestionamento.

¹⁵⁴ “A súmula 07/STJ não é incompatível com o Novo Código de Processo Civil, uma vez que esta Corte Superior não pode ser transformada em terceira instância recursal para reapreciação de mérito com reexame de provas, de modo que o NCPC deve ser interpretado à luz da Constituição Federal que expressamente prevê as competências deste Col. Superior Tribunal de Justiça no artigo 105” (BRASIL. STJ. AgInt nos EAREsp 645.101/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 01/07/2016, DJe 08/08/2016). No mesmo sentido: BRASIL. STJ. AgInt no AREsp 906.599/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 22/03/2017.

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Ob. cit.

Quanto ao exaurimento prévio da instância inferior, tem-se que, preclusa alguma via recursal ou de impugnação ordinária, o recurso especial não poderá ser interposto por falta de preenchimento de pressuposto objetivo e específico, expressamente disposto na sua previsão constitucional, ao passo que, desatendida a sua observância no ato de interposição, será ele, inexoravelmente, não admitido¹⁵⁶, em razão da aplicação analógica da Súmula 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”¹⁵⁷

A interposição dos recursos excepcionais exige, nestes termos, a preclusão consumativa quanto aos apelos cabíveis nas instâncias inferiores, pois, somente com o exaurimento dos recursos ordinários disponíveis ocorrerá a abertura da via excepcional, isto porque, como preleciona Rodolfo Camargo Mancuso, tal exigência, contida na própria previsão constitucional (“as causas decididas, em única ou última instância”), justifica-se porquanto “o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, espraindo a eficácia de suas decisões por todo o território nacional”¹⁵⁸. Por esta razão, “compreende-se que as Cortes Superiores apenas devam pronunciar-se sobre questões federais (STJ) ou constitucionais (STF) – que podem ser até prejudiciais – numa lide cujas *quaestiones juris* tenham sido cumprimamente enfrentadas e dirimidas nas instâncias inferiores.”¹⁵⁹

Possui, também, como pressuposto de admissibilidade peculiar a necessidade de prequestionamento, que consiste na prévia invocação pela parte da questão a ser decidida ou apreciada pelo tribunal inferior. Importante dizer que ela não representa propriamente um requisito de admissibilidade específico ou de criação jurisprudencial, pois deflui diretamente do requisito de admissibilidade do ‘cabimento’ e estará presente na medida em que a questão que se deseja ver apreciada pelo STJ tenha sido efetivamente enfrentada e decidida pela instância ordinária.

¹⁵⁶ “Não é cabível a interposição de recurso especial contra decisão singular, uma vez que não se encontram esgotadas as instâncias ordinárias. Desta maneira, o apelo especial só terá cabimento se interposto após decisão colegiada, nos termos do artigo 105, III, da Constituição Federal, haja vista a necessidade do exaurimento da prestação jurisdicional pelo órgão fracionário de Tribunal. Aplicação da Súmula 281 do STF por analogia.” (BRASIL. STJ. AgInt no AREsp 1.057.752/SP, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 15/08/2017).

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 281*. Sessão Plenária de 13 dez. 1963, publicada em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128.

¹⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 134.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 135.

Como ensina Luiz Rodrigues Wambier, “prequestionar significa questionar antes, isso é, haver colocado, anteriormente, um ponto em discussão”¹⁶⁰, logo, se a questão federal ou constitucional¹⁶¹ não for enfrentada e decidida no acórdão recorrido proferido por um tribunal de justiça ou federal, não será possível, nos termos da Súmula 282¹⁶² do STF, a apreciação da matéria pelas Cortes de sobreposição, salvo se a parte sucumbente oponha embargos de declaração para suprir a omissão ou a lacuna do julgamento (Súmula 356 do STF¹⁶³).

O STJ, todavia, dotado de maior rigor processual, ao editar a Súmula 211¹⁶⁴ foi além do que já se havia aceitado quando da concepção da Súmula 356 do STF, pois seria necessário agora que o tribunal *a quo*, inobstante tenha sido provocado mediante a oposição de aclaratórios, efetivamente se manifestasse sobre a questão infraconstitucional controvertida.

Restou, nestes termos, consolidado o entendimento de que a comprovação do prequestionamento¹⁶⁵ dependia, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, da verificação e constatação do binômio provocação e enfrentamento das questões federais, isto porque o STJ entendia que o requisito do prequestionamento somente era satisfeito quando o Tribunal *a quo* emitia juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. Havia sido sepultada, assim, a possibilidade de se aceitar o chamado prequestionamento ficto¹⁶⁶ ou

¹⁶⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional* (processo comum de conhecimento e tutela provisória) - volume 2. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 609.

¹⁶¹ Necessidade de prequestionamento da questão constitucional como pré-requisito do recurso extraordinário: “Assim, como tem consignado este Tribunal por meio da Súmula 282, é inadmissível o recurso extraordinário se a questão constitucional suscitada não tiver sido apreciada no acórdão recorrido. Ao contrário do que sustenta a parte agravante, a oposição dos embargos de declaração com a finalidade de provocar tal debate, é inservível para se reconhecer a matéria como causa decidida, viabilizadora da abertura da instância extraordinária” (BRASIL, STF, AgR no ARE 790.511/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 19/03/2015, DJe de 15/04/2015).

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 282*. (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”). Sessão Plenária de 13 dez. 1963, publicada em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 356*. (“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”). Sessão Plenária de 13 dez. 1963, publicada em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 154.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 211*. (“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”) Corte Especial, julgado em 01/07/1998, DJ 03/08/1998, p. 366.

¹⁶⁵ “Esta Corte não admite o prequestionamento ficto, por meio da simples oposição dos embargos declaratórios, tanto que foi editada a Súmula 211/STJ, que preconiza a impossibilidade de conhecimento do recurso especial quando a questão, mesmo que tenha sido levantada em embargos de declaração, não tenha sido efetivamente debatida” (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1.079.931/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008).

¹⁶⁶ A modalidade ficta ou virtual ocorre quando o acórdão recorrido, inobstante a parte tenha suscitado ao longo da demanda a ocorrência de violação ao direito federal ou constitucional, não se manifesta sobre elas, ensejando

virtual em sede de recurso especial, o que motivou, posteriormente, inclusive, a exasperação da admissibilidade do recurso extraordinário, nos mesmos termos¹⁶⁷, pelo STF¹⁶⁸.

Em resumo, o sucumbente na instância ordinária tinha o ônus de interpor recurso especial contra o acórdão que rejeitou os embargos de declaração, com fundamento no art. 535 do CPC/1973, para que, uma vez verificada a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional e provido esse recurso pelo STJ, a causa retornasse ao tribunal de origem para que a matéria fosse apreciada e, deste modo, “prequestionada”, abrindo-se enfim a via do novo recurso especial ou extraordinário, que antes se pretendia interpor.

Cumprе ressaltar, nesse ponto, que, em matéria de prequestionamento, tanto a Suprema Corte quanto o Tribunal da Cidadania¹⁶⁹ repelem a possibilidade do que se convencionou nomear prequestionamento ficto ou virtual.¹⁷⁰

O requisito do prequestionamento, posteriormente, em reação à construção desta jurisprudência defensiva pelas cortes de sobreposição, foi objeto de mitigação pela Lei n.º 13.105/2015, a qual, no intuito de se flexibilizar a admissão dos recursos excepcionais, dispõe expressamente no art. 1.025 (CPC/2015) que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os

a oposição de embargos de declaração com o escopo de sanar a omissão, os quais, mesmo que desprovidos, são suficientes para que se configure o prequestionamento.

¹⁶⁷ Prequestionamento explícito da questão constitucional como pré-requisito do recurso extraordinário: “Está-se diante de conflito de interesse que tem solução final no âmbito do Tribunal local. A par desse aspecto, não foram examinados, na origem, os preceitos constitucionais tidos por violados, padecendo o recurso da ausência do prequestionamento. Atentem não para o apego à literalidade do verbete n.º 356 da Súmula do Supremo, mas para a razão de ser do prequestionamento e, mais ainda, para o teor do verbete n.º 282 da referida Súmula. O instituto do prequestionamento significa o debate e a decisão prévios do tema jurídico constante das razões apresentadas. Se o ato impugnado nada contém sobre o que versado no recurso, descabe assentar o enquadramento deste no permissivo constitucional. [...] Descabe articular com a aplicação do artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015, ante o momento de formalização do extraordinário, ainda sob regência do anterior diploma processual” (BRASIL. STF. AgR no AI 671.865/SP, Relatora p/acórdão Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 14.3.2017, DJe de 12.6.2017).

¹⁶⁸ “O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta Corte não tem procedido à exegese *a contrario sensu* da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal *a quo*. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo” (BRASIL. STF. AgR no ARE 678.139/RJ, Relatora Min.^a Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe de 21/08/2013).

¹⁶⁹ “A simples oposição de embargos de declaração não supre o prequestionamento e tampouco a sua rejeição implica afronta ao artigo 535 do CPC. Acrescente-se, ademais, que esta Corte não admite o prequestionamento ficto, ou seja, aquele segundo o qual, a oposição de embargos de declaração é suficiente ao suprimento do requisito do prequestionamento” (BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 180.224/RJ, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 23/10/2012).

¹⁷⁰ Leitura *a contrario sensu* do enunciado da Súmula 356 do STF, isto é, opostos os embargos declaratórios sobre o ponto omisso, prequestionada estará o tema infraconstitucional e/ou constitucional.

embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”¹⁷¹

Sua finalidade foi concebida pela comissão de reforma para que o tortuoso caminho procedimental anteriormente retratado fosse evitado e, por consequência, valorizado o acesso à justiça, permitindo-se, desta forma, o exame do recurso excepcional, seja ele o especial ou o extraordinário, mesmo quando o tribunal *a quo*, inobstante a oposição de embargos de declaração, se recusasse a suprir a omissão, de modo que a matéria, por expressa dicção legal, já estaria, de pronto, prequestionada.

Cabe, aqui, um esclarecimento importantíssimo: para a dicção legal, que procurou simplificar o procedimento recursal, a simples oposição dos aclaratórios seria suficiente para tornar a matéria omitida como prequestionada, sendo prescindível nas razões do apelo extremo que a parte recorrente alegasse violação ao art. 1.025 do NCPC.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, tão logo teve a oportunidade, surpreendeu ao imprimir ao indigitado dispositivo uma interpretação restritiva que, por si só, foi capaz de reduzir-lhe o sentido. Com efeito, a Terceira Turma do STJ, quando do julgamento do REsp n.º 1.639.314/MG, firmou a orientação no sentido de que

a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei¹⁷².

Vale dizer: para que o prequestionamento “ficto” seja aceito¹⁷³, cabe à parte sucumbente, ao interpor seu recurso especial, além de apontar a matéria de mérito objeto do apelo, também alegar violação ao art. 1.022 do CPC/2015¹⁷⁴, sob pena de seu recurso ser

¹⁷¹ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. cit.

¹⁷² BRASIL. STJ. REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, DJe de 10/04/2017.

¹⁷³ “Com efeito, esta Corte Superior possui o entendimento de que não basta a oposição de embargos de declaração para a configuração do prequestionamento ficto admitido no art. 1.025 do CPC/2015, sendo imprescindível que a parte alegue, nas razões do recurso especial, a violação do art. 1.022 do mesmo diploma legal, para que, assim, este Superior Tribunal de Justiça esteja autorizado a examinar a eventual ocorrência de omissão no acórdão recorrido e, caso constate a existência do vício, venha a deliberar sobre a possibilidade de julgamento imediato da matéria, conforme facultado pelo legislador” (BRASIL. STJ. AgInt no AREsp n.º 1.132.325/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 02/02/2018).

¹⁷⁴ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. cit.

declarado inadmissível¹⁷⁵, mantendo-se, portanto, a mesma essência da Súmula 211 do STJ, concebida na vigência do CPC/1973.

Conclui-se, assim, que, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal *ad quem*, é necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal (recurso especial) ou constitucional (recurso extraordinário) indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação, ou não, ao caso concreto.

Quanto ao tema, ressalte-se que até mesmo as questões de ordem pública (tais como prescrição, nulidade, dentre outras) devem ser prequestionadas na origem para que possam ser apreciadas em sede de recurso especial, tendo sido, nesse sentido, recentemente firmado este posicionamento pela Corte Especial do STJ, em sede de embargos de divergência, cuja ementa a seguir se transcreve¹⁷⁶:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REQUISITO CONSTITUCIONAL DO PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA.

1. Para a apreciação de matéria pelo STJ no julgamento de recurso especial, é necessário ter havido o efetivo debate da legislação infraconstitucional no Tribunal de origem.
2. Não cabe a apreciação de direito superveniente invocado pela parte somente em recurso especial e no STJ, em face do não cumprimento do requisito constitucional do prequestionamento.
3. A exigência do prequestionamento prevalece também quanto às matérias de ordem pública.
4. Embargos de divergência rejeitados.

Igualmente, prevalece o entendimento no âmbito do STJ¹⁷⁷ no sentido de que não é aplicável, na instância especial, o direito superveniente, uma vez que este não se

¹⁷⁵ Nesse sentido (STJ): AgInt no AREsp 1.104.078/SP, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 13/10/2017; AgInt no AREsp 1.067.275/RS, Rel. Ministra Assusete Guimarães, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 13/10/2017; AgInt no REsp 1.631.358/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017; AgInt no AREsp 562.067/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017; AgRg no AREsp 1.094.848/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017; dentre outros.

¹⁷⁶ BRASIL. STJ. EREsp 805.804/ES, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 03/06/2015, DJe 01/07/2015.

¹⁷⁷ “É firme o entendimento desta Corte no sentido de não ser aplicável, na instância especial, o direito superveniente, uma vez que este não se compatibiliza com o preenchimento do requisito específico do prequestionamento, inerente a esse recurso, sob pena de se admitir a alteração da causa de pedir nesta instância

compatibiliza com o preenchimento do requisito específico do prequestionamento, inerente a esse recurso, sob pena de se admitir a alteração da causa de pedir nesta instância excepcional.

3.3. A apreciação da questão constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como restou explicado no tópico 3.1, a criação do STJ objetivou absorver parte da competência até então afeta ao STF, competindo-lhe, precipuamente, em sede de recurso especial, o controle de legalidade das decisões dos tribunais estaduais e federais, bem como à uniformização da interpretação do direito federal, franqueando a maximização do acesso à justiça ao jurisdicionado.

Ocorre, todavia, como alerta Araken de Assis, que “a repartição da competência entre dois tribunais diferentes gera problemas de ordem prática”¹⁷⁸, dentre eles, a famigerada questão da usurpação de competência¹⁷⁹, apta, por si só, a inibir a atuação judicial, calcada na exacerbação do sentimento de cautela do julgador receoso de invadir a área de atuação reservada a outro órgão jurisdicional.

Como resultado, criou-se, no seio da Corte Superior, uma jurisprudência defensiva que é aplicada, por muitas vezes, sem exame criterioso do caso em julgamento, ante o grande volume de processos diariamente distribuídos, cujo enunciado genérico e altamente adaptável é indistintamente replicado¹⁸⁰, constituindo, indubitavelmente, uma das mais nefastas e prejudiciais consequências ao acesso à justiça que, embora seja uma garantia afiançada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, é rotineiramente negligenciado em nome da necessidade de se escoar massivamente as causas submetidas ao crivo decisório do Poder Judiciário.

excepcional” (BRASIL. STJ. AgRg no AgRg no REsp 1.256.534/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013).

¹⁷⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 910.

¹⁷⁹ “A análise de suposta violação a dispositivos e princípios da Lei Maior é vedada em sede especial, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo constituinte ao Supremo Tribunal Federal” (BRASIL. STJ. EDcl no REsp 1.369.571/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017).

¹⁸⁰ “Não se conhece do recurso especial quando a apreciação da apontada ofensa aos dispositivos de lei invocados implica análise de matéria constitucional, porquanto vedado ao STJ, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STJ, AgInt no REsp 1.589.628/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 06/12/2016).

No caso da jurisdição constitucional, objeto de reflexão deste trabalho, o mantra inúmeras vezes repetido do enunciado incorporado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, obstativo da realização da cognição recursal, de que “é incabível a apreciação de matéria constitucional em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal”¹⁸¹, prolifera uma ideia por vezes equivocada, dada a sua imprecisão técnica, que acaba por arraigar a crença – ou, ao menos, asfixiar – a possibilidade de o julgador no âmbito daquela Corte realizar o controle incidental de constitucionalidade.

A cegueira psicológica¹⁸² provocada pela falta de cuidado na replicação dessa jurisprudência defensiva, motivada pelo assoberbamento dos escaninhos e pela rotineira luta pela baixa de processos, acaba, por vezes, derruindo por completo a capacidade cognitiva do relator de que, em certas hipóteses a ele submetidas, lhe é permitido, no augusto uso de suas funções, exercer o controle difuso de constitucionalidade, na via incidental, em sede de recurso especial.

Essa práxis, advinda da realidade judicial pela busca da “produção de decisões”, é veementemente repudiada pelos operadores do direito, conforme bem sintetiza Rodolfo de Camargo Mancuso:¹⁸³

Na experiência judiciária brasileira, o excesso de processos judiciais tem sido tratado sob óptica quantitativa: a partir de estatísticas e levantamentos feitos por métodos diversos, surgem números impressionantes, sinalizando uma situação pré-caótica, que, se não contida a tempo, poderá levar à descontinuidade nos trabalhos. Essa perspectiva de colapso da função judicial do Estado, sobre não ter sido tratada em suas verdadeiras causas, tem aberto espaço a radicalizações no manejo da política judiciária, sob a égide de uma *lógica de resultados*, voltada à obsessiva *eliminação* de processos, num pragmatismo onde o fim justifica os meios. Com isso, relegam-se a segundo plano os aspectos deontológicos da questão judiciária nacional, tais a consistência técnica dos julgados, a legitimidade dos meios escolhidos para o gerenciamento do acervo, as missões institucionais dos diferentes órgãos judiciais, aspectos esses que não raro são vistos como singelos detalhes, ante a prioridade absoluta dada à finalidade de “resolver o problema”.

¹⁸¹ BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 728.031/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 24/09/2015.

¹⁸² Utiliza-se, aqui, com licença literária, o termo “cegueira psicológica” para justificar a distorção por vezes criada e justificada pela realidade vivenciada pela assessoria jurídica de gabinete, na análise dos processos, que é cobrada diuturna e continuamente para superar em produtividade de julgamentos a distribuição mensal de processos. O boletim estatístico do STJ, relativo ao ano de 2017, comprova o árduo trabalho realizado pelos Gabinetes de Ministro, que deve ser exaltado, na razão em que, de janeiro a dezembro de 2017, foram, em todo o Tribunal, atribuídos/distribuídos 353.385 recursos e julgados/baixados definitivamente 373.931 processos. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>>. Acesso em: 28 jan 2018.

¹⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 439-440.

Não se ignora, porém, que o exercício da jurisdição constitucional, em razão de sua excepcionalidade, deve atender aos pressupostos de admissibilidade inerentes ao processamento do recurso especial.

O STJ, a exemplo de todos os demais tribunais do país, pode e deve desempenhar o controle incidental e difuso de constitucionalidade, deixando de aplicar as leis e atos normativos que repete incompatíveis com a Constituição, seja nas causas de competência originária (CF, art. 105, inc. I), naquelas que lhe caiba julgar mediante recurso ordinário (CF, art. 105, inc. II) e, por fim, no que nos interessa, dado o recorte metodológico ora delineado, na via especial (CF, art. 105, inc. III).

Para tanto, pressupõe a existência de um processo no âmbito do qual tenha sido suscitada inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa, cuja arguição, ressalte-se, lhe é devolvida incidentalmente em sede de recurso especial, como consequência de seu efeito translativo¹⁸⁴ (art. 1.034 do CPC/2015¹⁸⁵), ainda que sua cognição seja mitigada pela necessidade de prequestionamento.¹⁸⁶

O rito procedimental bifásico do incidente de arguição de inconstitucionalidade encontra-se expressamente regulado no Novo Código de Processo Civil¹⁸⁷. Primeiramente, arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo (art. 948 do CPC/2015) e, posteriormente, se a arguição for acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver (art. 949 do CPC/2015).

A turma, câmara ou seção julgadora não pode, de regra, de forma independente e isolada, proclamar a inconstitucionalidade, sob pena de violar a cláusula de reserva de plenário (*full bench*), ressalvada a regra constante no artigo 949, parágrafo único, do NCPC, que contempla a existência de precedentes no sentido da inconstitucionalidade.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 456* (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”). Sessão Plenária de 01 out. 1964, publicada no DJ de 08 out. 1964, p. 3647; DJ de 09/10/1964, p. 3667; DJ de 12/10/1964, p. 3699.

¹⁸⁵ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. cit.

¹⁸⁶ “Em sede de recurso especial, a análise de questão de ordem pública que não foi suscitada nas razões recursais somente é possível depois de aberta a instância especial pelo conhecimento do apelo nobre, viabilizando o efeito translativo do recurso” (BRASIL, STJ, AgInt nos EDcl no AREsp n.º 1.032.955/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017).

¹⁸⁷ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. cit.

Nesse diapasão, sintetiza Leonardo Castanho Mendes¹⁸⁸:

A reserva de plenário praticamente resolve-se por uma cisão de competência no julgamento do processo, cabendo ao plenário a solução da questão constitucional incidentalmente suscitada e ao órgão fracionário a posterior continuação do julgamento, com a utilização da premissa lançada pelo colegiado maior. A competência fixada nesse caso segue o critério funcional e é, destarte, por esse motivo, competência absoluta, sendo, ademais, estabelecida por norma constitucional, o que lhe agrega importância. Daí decorre significativa conclusão: o desrespeito à regra atinente à reserva de plenário conduz a julgamento nulo quando o acórdão proferido pelo órgão fracionário do tribunal tenha considerado inconstitucional lei ou ato normativo do poder público sem a prévia manifestação do órgão para isso competente.

No âmbito do STJ, o órgão competente é a Corte Especial, a qual é constituída, em obediência ao disposto no art. 93, XI, da CF/1988¹⁸⁹, pelos 15 ministros mais antigos de sua composição, competindo-lhe nos termos do art. 11, inc. IX, do RISTJ¹⁹⁰, apreciar as arguições de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitadas nos processos submetidos ao julgamento do Tribunal.

A questão constitucional pode ser levantada por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo relator ou por terceiros interessados. O pedido, porém, é importante ressaltar, não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Se o relator ou o Tribunal (Corte Especial), apreciando a questão que lhe couber decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso em concreto.

Dispensa-se, contudo, a instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade, como já foi alertado, nas hipóteses descritas no art. 949, parágrafo único, do CPC de 2015: a) quando já houver pronunciamento do plenário do tribunal ou do respectivo órgão especial sobre a questão; e b) quando já houver pronunciamento do plenário do STF a respeito da matéria¹⁹¹.

Em que pese serem a interpretação e a uniformização de aplicação da lei federal os objetos específicos da função institucional do STJ, não lhe é vedado, e tampouco inibido, pelo poder constituinte originário, que exerça sua atividade judicante mediante a apreciação e a

¹⁸⁸ MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 181.

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). Ob. cit.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília : STJ, 2017.

¹⁹¹ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. cit.

ponderação da norma legal, cujo exame a ele foi devolvido e submetido incidentalmente no caso concreto, à luz dos preceitos diretivos consagrados na Constituição Federal, pois, malgrado por vezes se esquive, encontra-se legitimado, por preceitos inderrogáveis contidos na Carta Política de 1988, ao desempenho, em sede de controle difuso, da jurisdição constitucional.

A competência de interpretar as leis e os atos normativos em confronto com o texto constitucional e, conseqüentemente, de declarar-lhes incidentalmente a inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, pertence a qualquer magistrado e aos tribunais em geral, logo, evidentemente, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, também compete ao Superior Tribunal de Justiça.

Assim, como adverte Athos Gusmão Carneiro, “será altamente impróprio dizer que o STJ não examina matéria constitucional; pode e deve examiná-la, se no trato dos recursos de sua competência tornar-se necessário aferir da constitucionalidade e, pois, da validade e incidência da lei federal.”¹⁹²

Cumprе destacar que a Suprema Corte possui vasta jurisprudência¹⁹³ reafirmando a competência do STJ para exercer o controle difuso de constitucionalidade, podendo-se citar, ilustrativamente, nesse sentido, o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no RE n.º 298.694/SP¹⁹⁴, o qual categoricamente registra que “se o STJ, malgrado o reconhecimento de sua violação, entender que a norma ordinária é incompatível com a Constituição, ninguém lhe contesta a autoridade para declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei invocada e, por isso, manter a decisão recorrida”.

Primeiramente, para que a alegação de inconstitucionalidade seja apreciada incidentalmente em sede de recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, é necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal (recurso especial) indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais apontados e a tese recursal a

¹⁹² CARNEIRO, 2011, p. 15.

¹⁹³ No mesmo diapasão, colaciona-se os seguintes julgamentos do STF: AgR na Rcl 8.163/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, DJe de 28/11/2011; RE 264.289/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ de 14/12/2001; AgR no AI n.º 223.494/MS, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ de 07/05/1999; AgR no AI n.º 217.753/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 01/12/1998, DJ de 23/04/1999.

¹⁹⁴ BRASIL. STF. RE n.º 298.694/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, DJ de 23/04/2004.

eles vinculada (prequestionamento), interpretando-se a sua aplicação, ou não, ao caso concreto.

Segundo, em sede de controle judicial difuso, a inconstitucionalidade de ato normativo estatal somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (Turma, Câmara ou Seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. Isto porque, a regra do *full bench* atua como verdadeira condição de eficácia jurídica¹⁹⁵ da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se obrigatoriamente para todos os tribunais¹⁹⁶, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado.

Logo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em que pese a Seção ou a Turma possa acolher o processamento da arguição de inconstitucionalidade (art. 200 do RISTJ), somente a Corte Especial (art. 11, IX, do RISTJ), em obediência à cláusula de reserva de plenário, poderá, no exercício de sua jurisdição constitucional, declarar incidentalmente a incompatibilidade entre a norma legal tomada como base dos argumentos expostos na ação e a Constituição¹⁹⁷.

Alerte-se, ainda, que, segundo o posicionamento da Suprema Corte, equivale à própria declaração de inconstitucionalidade a decisão de Tribunal, que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, “deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ “A estrita observância, pelos Tribunais em geral, do postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da Constituição, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público” (BRASIL, STF, AgR no AI 472.897/PR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/09/2007, DJe de 26/10/2007).

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 10* (“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”). Sessão Plenária de 18 jun. 2008, publicada no DJe n.º 117 de 27 jun. 2008, p. 1.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Ob. cit.

¹⁹⁸ BRASIL. STF. AgR no AI n.º 472.897/PR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/09/2007, DJe de 26/10/2007.

Tal técnica interpretativa, por envolver um juízo dissimulado de controle de validade de ato estatal à luz de preceitos constitucionais, é reiteradamente chamada, no âmbito jurisprudencial, como “juízo ostensivo ou disfarçado de inconstitucionalidade.”¹⁹⁹

Aproveitando o ensejo, é indispensável falar sobre a hipótese de interposição simultânea²⁰⁰ ou concomitante do recurso especial e do recurso extraordinário, porquanto, segundo a diretriz firmada pelo Supremo Tribunal Federal, relativamente ao exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça, não é dado àquela Corte Superior, em recurso especial, “rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa.”²⁰¹

Com efeito, se o acórdão proferido pela corte de justiça de origem, seja ele federal ou estadual, decide questão constitucional e a parte não interpõe o pertinente recurso extraordinário, opera-se o trânsito em julgado sobre o ponto não recorrido, sendo, portanto, vedado a qualquer tribunal de sobreposição analisar referido tópico, sob pena de ressuscitar matéria preclusa.

A citada orientação, estabelecida no âmbito do Pretório Excelso, culminou, inclusive, provocando o Tribunal da Cidadania a editar o verbete 126 de sua súmula, segundo a qual: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”²⁰²

Conclui-se, em juízo de exceção às situações acima retratadas e explicadas, que o Superior Tribunal de Justiça pode apreciar a inconstitucionalidade das leis aplicáveis às hipóteses sob a sua jurisdição somente quando a matéria constitucional, constituindo questão

¹⁹⁹ Nesse diapasão: BRASIL, STF, AgR na Rcl n.º 22.273/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 17/02/2016; e BRASIL, STF, AgR na Rcl n.º 20.266/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/09/2015, DJe 17/11/2015.

²⁰⁰ Confirma-se, dentre outros, os seguintes julgados do STF: AgR na Rcl n.º 8.163/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011, DJe 28/11/2011; RE n.º 419.629/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ de 30/06/2006; AgR no AI n.º 342.907/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 07/06/2005, DJ de 24/06/2005.

²⁰¹ BRASIL. STF. AgR no AI 145.589/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/1993, DJ de 24/06/1994.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 126*. Corte Especial, julgada em 09/03/1995 e publicada no DJ de 21/03/1995, p. 6.369.

prejudicial (ou seja: incidental) ao deslinde do mérito apreciado no recurso especial, não foi apreciada pelo acórdão recorrido.

Transcreve-se, por oportuno, a lição de Bernardo Pimentel²⁰³, fruto de seu exercício, por muitos anos, da assessoria jurídica de Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

A rigor, a questão da inconstitucionalidade da lei federal só não pode ser examinada pelo Superior Tribunal de Justiça quando o tema foi decidido pela corte de origem, configurando um dos fundamentos autônomos que sustentam a conclusão do acórdão recorrido. É que, tendo sido solucionada pela corte de segundo grau, a matéria deve ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário. Não tendo sido interposto extraordinário, e sendo o fundamento constitucional suficiente para sustentar a conclusão do acórdão, o especial nem sequer ultrapassa a barreira da admissibilidade, consoante o disposto no verbete n. 126 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

O estudo dos julgados proferidos em sede de arguição de inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça revela, entretanto, a sua insipiência no exercício da jurisdição constitucional que lhe é reservada.

No julgamento do AI no REsp 1.135.354/PB²⁰⁴, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Cesar Asfor Rocha²⁰⁵, divergindo do relator (o Ministro Luís Felipe Salomão), asseverou que o recurso especial, quanto à matéria constitucional, não poderia ser conhecido, porquanto, no caso concreto, o tribunal de origem enfrentou a questão constitucional e, como não houve a interposição de recurso extraordinário, houve a natural preclusão da eventual contrariedade ao dispositivo constitucional apontado, sendo vedado ao incidente reabrir a discussão sobre tema, sob pena de se violar o sistema de repartição de competências extraordinárias entre o STJ e o STF.

²⁰³ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 632.

²⁰⁴ “O manifesto descabimento do recurso especial – que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição –, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido” (AI no REsp 1.135.354/PB, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 03/10/2012, DJe 28/02/2013).

²⁰⁵ “No caso concreto, como o Tribunal de origem enfrentou a questão constitucional e como não consta dos autos – volto a dizer – a interposição de recurso extraordinário, houve natural preclusão da eventual contrariedade ao § 3º do art. 226 ou a outros dispositivos da Constituição Federal, não podendo o presente incidente reabrir a discussão sobre o tema, sob pena de, sem dúvida alguma, violar o sistema recursal disciplinado nos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal” (Voto-vista apresentado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, no julgamento da AI no REsp 1.135.354/PB, em 16 de maio de 2012, pela Corte Especial do STJ).

Prosseguindo o julgamento, o Ministro Teori Albino Zavascki, na assentada de 06 de junho de 2012, acompanhou a divergência inaugurada nos seguintes termos:

Procede a preliminar suscitada pelo Min. César Rocha. O acórdão recorrido, confirmando decisão no mesmo sentido proferida em primeiro grau, julgou a causa aplicando – e, portanto, considerando constitucional – o art. 1.790 do Código Civil. É evidente, portanto, que a reforma do julgado supõe a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. Justamente por isso é que a questão constitucional foi suscitada nas razões de recurso especial. O próprio voto do Ministro relator, referindo-se aos fundamentos do recurso especial, registrou que o recorrente "sinalizou dissídio jurisprudencial quanta à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício". Ora, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso, que também contamina, por derivação natural, o do presente incidente de inconstitucionalidade. Assim, em preliminar, voto pelo não-conhecimento do incidente.

A arguição de inconstitucionalidade, corretamente, não poderia ter sido conhecida, como ao final assim restou decidido pelo órgão especial²⁰⁶, pois o acórdão estadual expressamente considerou constitucional o texto normativo do art. 1.790 do Código Civil, de forma que a ausência de interposição de recurso extraordinário acabou tornando precluso o exame da matéria constitucional nos termos do precedente firmado pelo STF no AgR no AI 145.589/RJ.²⁰⁷

Irresignado, o Ministro Luís Felipe Salomão, vencido naquele julgamento, apresentou no âmbito da Quarta Turma, sobre o mesmo tema, novo incidente de arguição de

²⁰⁶ “O manifesto descabimento do recurso especial – que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição –, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido (BRASIL. STJ. AI no REsp 1.135.354/PB, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 03/10/2012, DJe 28/02/2013).

²⁰⁷ “Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa. 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitira recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado aquela Corte, em recurso especial, e rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa. 3. Ademais, na hipótese, que e a do caso - em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante recurso extraordinário, antes que a preclusão da matéria, e a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial” (BRASIL. STF. AgR no AI 145.589/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/1993, DJ de 24/06/1994).

inconstitucionalidade²⁰⁸, asseverando, equivocadamente, que o núcleo da controvérsia instalada nestes autos não padecia do mesmo vício assinalado na AI no REsp 1.135.354/PB, na qual

a ilustrada maioria dos integrantes da Corte Especial entendeu que a discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790, incisos III e IV, do CC/2002, naquele caso concreto, não podia ser apreciada em razão da falta de interposição de recurso extraordinário contra fundamento constitucional do acórdão recorrido, que entendeu ser compatível com a Constituição Federal o mencionado dispositivo legal.

Argumentou o Ministro que, uma vez realizada a interposição de ambos os recursos (especial e extraordinário), assim como a dupla admissão, apresentava-se viável o presente incidente.

Não se compreendeu no julgamento da AI no REsp 1.291.636/DF, pela Quarta Turma, que o incidente versado nos autos da AI no REsp 1.135.354/PB, apreciado pela Corte Especial, não foi conhecido porque a matéria constitucional, já apreciada pelo tribunal estadual, estava preclusa, ante a ausência de interposição do recurso próprio (art. 102, inc. III, da CF/1988) e não, como equivocadamente restou deliberado, que se aplica ao incidente o mesmo óbice sumular de conhecimento do apelo nobre contido na Súmula 126 do STJ.

Ora, se interposto o recurso extraordinário²⁰⁹ da matéria constitucional, o STJ está proibido de conhecê-la, ainda que incidentalmente, sob pena de usurpar a competência constitucional do STF.

Deve ser, contudo, louvada a mudança de atitude da Corte Superior de Justiça no intuito de exercer de forma mais ativa e atual a jurisdição constitucional difusa que lhe foi confiada pela Carta Política de 1988.

Mutatis mutandis, denota-se que, na ocasião em que a Corte de Justiça, seja ela ordinária ou superior, entende pela constitucionalidade de um ato normativo, o qual nasce com a presunção relativa de constitucionalidade e/ou legalidade, não há necessidade de

²⁰⁸ BRASIL. STJ. AI no REsp 1.291.636/DF, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 21/11/2013.

²⁰⁹ “Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado aquela Corte, em recurso especial, e rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa” (BRASIL. STF. AgR no AI n.º 145.589/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/1993, DJ de 02/09/1993).

consulta ao órgão especial do tribunal. Esse, inclusive, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consoante se observa do trecho do voto condutor do MS n.º 33.046/PR²¹⁰: “caso o órgão fracionário entenda pela constitucionalidade da lei impugnada, não há que se cogitar de remessa ao plenário ou ao órgão especial do respectivo tribunal, como dispõe o próprio art. 481 do Código de Processo Civil [1973].”

Percebe-se, desse modo, sobretudo quanto ao conteúdo das ressalvas acima indicadas, que o controle de constitucionalidade difuso é conferido pela Constituição Federal de 1988 a todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo no Supremo Tribunal Federal, no âmbito do recurso extraordinário, a sua última instância.

3.4. Fecho.

A Constituição Federal de 1988, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, fracionou a missão, anteriormente entregue pelas constituições pretéritas ao Supremo Tribunal Federal, de assegurar a unidade sistêmica, assim como a validade e autoridade da aplicação do direito federal – seja ele constitucional ou ordinário. Ampliou-se, desta forma, o acesso do jurisdicionado à instância de sobreposição, de modo que, tendo o acórdão proferido pelos tribunais ordinários fundamentos legais e constitucionais, passou a ser possível a interposição de dois recursos de natureza excepcional: o recurso especial dirigido ao STJ e o recurso extraordinário encaminhado ao STF.

A interposição do recurso especial está adstrita ao atendimento das condições impostas para o seu cabimento, sendo elas expressas na redação do art. 105, inc. III, alíneas *a*, *b* e *c*, da Constituição da República, quando a decisão prolatada em única ou última instância: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e, c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal²¹¹.

²¹⁰ BRASIL. STF, MS n.º 33.046/PR. rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 18/05/2015.

²¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Ob. cit.

Quanto ao juízo de admissibilidade, assim como o recurso extraordinário no STF, visto que ambos possuem idêntica natureza jurídica, o recurso especial exige, para o seu conhecimento, o atendimento dos pressupostos recursais comuns aos recursos em geral, bem como, também, por expressa exigência constitucional, ter o sucumbente esgotado as vias recursais ordinárias e, no tribunal de origem, haver suscitado o prequestionamento da questão federal controvertida.

Respeitado o fracionamento das competências extraordinárias, cumpre relembrar que, à luz dos precedentes jurisprudenciais citados ao longo deste capítulo, se o acórdão proferido pela corte de justiça de origem, seja ele federal ou estadual, decide questão constitucional e a parte não interpõe o pertinente recurso extraordinário, opera-se o trânsito em julgado sobre o ponto não recorrido, sendo, portanto, vedado a qualquer tribunal de sobreposição analisar referido tópico, sob pena de ressuscitar matéria preclusa.

A consolidação da aludida orientação culminou com a edição da Súmula 126 do STJ, segundo a qual: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”²¹²

Transcreve-se, a seguir, a elucidativa justificativa exposta pela Ministra Maria Isabel Gallotti²¹³, ao comentar o referido enunciado sumular:

É importante ressaltar que, sendo cada um dos fundamentos (o legal e o constitucional) por si só suficiente, a ausência de interposição do recurso extraordinário impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 126 do STJ). O motivo é óbvio: de nada adiantaria o STJ reformar o fundamento de natureza legal se persistisse inabalada a conclusão do acórdão recorrido por conta do fundamento constitucional (Súmula 283 do STF).

Em juízo de exceção às situações acima retratadas e explicadas, que o Superior Tribunal de Justiça pode apreciar a inconstitucionalidade das leis aplicáveis às hipóteses sob a sua jurisdição somente quando a matéria constitucional, constituindo questão prejudicial (ou seja: incidental) ao deslinde do mérito apreciado no recurso especial, não foi apreciada pelo acórdão recorrido.

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* ° 126. Ob. cit.

²¹³ GALLOTTI, Maria Isabel. *Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal*. In: O papel da jurisprudência no STJ / Coordenação Isabel Gallotti *et alii*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 651.

Assim, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha sido criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual de evolução e compreensão de nosso ordenamento jurídico, dada a integração sistêmica entre as normas de direito constitucional e ordinário, não parece viável que o Tribunal da Cidadania possa, ao examinar as controvérsias que diariamente lhe aportam, ignorar a interferência da Constituição Federal, sob pena de entregar ao jurisdicionado um direito desatualizado e dissociado do texto constitucional.

Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, “não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.”²¹⁴

Isto porque o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, assegura e determina que compete ao Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, examinar quaisquer alegações, desde que provocado (na via processual), que possam gerar ameaças ou lesões aos direitos inerentes ao exercício da cidadania, revelando, de forma inequívoca, uma complexidade normativa do sistema judicial que tem por finalidade última a concretização das normas constitucionais, tendo em vista que a Lei Fundamental ocupa o seu ponto central verticalizando os seus efeitos a toda legislação ordinária, sem exceções.

²¹⁴ BRASIL. STJ. REsp 1.183.378/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.

4. O REFLEXO DA LEI N.º 13.105/2015 NO PROCEDIMENTO RECURSAL ESPECIAL.

A comunidade jurídica em geral não percebeu de imediato o impacto reformador e reestruturador que o Novo Código de Processo Civil - NCPC, promulgado pela Lei n.º 13.105/2015, teve no ordenamento jurídico vigente.

Logo de partida, tanto a comissão de elaboração do anteprojeto quanto o legislador pátrio procuraram deixar claro e explícito que a nova codificação processual objetiva o rompimento da forma linear de se pensar e aplicar o direito processual, tendo como escopo missionário a quebra do paradigma hermenêutico de nosso sistema jurídico, uma vez que, por expressa determinação contida no art. 1º do NCPC, o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Isso porque é inegável²¹⁵ na nossa atualidade que o texto constitucional permeia, com os seus conceitos, todos os ramos do direito positivo em vigor, constituindo-se, portanto, a lente por meio da qual o operador do direito, sobretudo os julgadores, deve obrigatoriamente utilizar para ler e interpretar a legislação ordinária ante os problemas sociais a ele submetidos.

O nosso processo civil, em particular, guarda estreita vinculação com o texto constitucional, pois, como destaca Luiz Rodrigues Wambier²¹⁶, “o direito processual regula uma das funções do poder estatal, a atividade jurisdicional”, posto que as normas constitucionais possuem como um de seus propósitos essenciais a regulação da separação dos poderes estatais, de modo que “o direito processual abrange a disciplina do próprio modo de efetivação da Constituição”.

Assim, o maior impacto estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 foi declarar, de forma inequívoca, a todos os operadores do direito que os princípios

²¹⁵ “É natural que, propondo-se a Constituição como fundamento jurídico último, formal e material, do ordenamento, toda questão jurídico-normativa apresente ângulos ou aspectos de algum modo constitucionais, em coerência com os predicados da unidade e da lógica que permeiam toda a ordem jurídica” (BRASIL. STF. AgR no RE 517.961/RN, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008, DJe de 27/02/2009).

²¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

constitucionais devem orientar e tutelar o processo²¹⁷ para que este proteja, com efetividade, tanto a própria Constituição, quanto o ordenamento como um todo.

4.1. A mudança de paradigma do sistema processual.

O direito processual civil, enquanto ramo autônomo da ciência jurídica, foi inicialmente considerado a partir da obra “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, publicada em 1868 por Oskar Von Bülow, cujo estudo foi determinante para analisar e compreender o conceito de ação, de procedimento e, ainda, da relação jurídica processual, culminando por estabelecer os pilares da teoria geral do processo.

O processo²¹⁸ (do latim *procedere*, que significa mover ou seguir adiante) até então era confundido com o procedimento, ou seja, nada mais era do que a simples sucessão de atos processuais no tempo, de forma que somente a partir do trabalho desenvolvido e defendido com pioneirismo por Bülow, o processo passou a ser compreendido como instrumento autônomo por meio do qual o poder jurisdicional se opera e, concretamente, se materializa.

Para Bülow, o processo se consubstanciava na relação (jurídica) ou no nexo de ligação entre os seus sujeitos (as partes e o juiz), atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades e, em contraposição, deveres, ônus e obrigações, de forma que suas normas de regência disciplinam, independentemente do direito material posto, a cooperação que os sujeitos processuais devem

²¹⁷ “1. Ordenado, disciplinado e interpretado. O processo civil é estruturado a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo, o que significa dizer que o legislador infraconstitucional tem o dever de desenhá-lo a partir do seu conteúdo. Em outras palavras, o processo civil é ordenado e disciplinado pela Constituição, sendo o Código de Processo Civil uma tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo. Vale dizer: o Código de Processo Civil constitui direito constitucional aplicado. O Código deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, o que significa que as dúvidas interpretativas devem ser resolvidas a favor da otimização do alcance da Constituição e do processo civil como meio para tutela dos direitos” (MARINONI, 2016, p. 143).

²¹⁸ “A palavra *processo* tem, também fora do campo jurídico, um significado comum que, derivado do verbo *proceder*, indica em geral a continuação de uma série de operações variadas vinculadas pela unidade do fim: se fala de processo cirúrgico, de processo – Processo em sentido judicial – químico, e assim sucessivamente. Para os juristas, processo é a série de atividades que devem se levar a cabo para chegar a obter a providência jurisdicional, com significado muito afim, já que não é sinônimo de *procedura* e ao de *procedimento*” (CALAMANDREI, Pietro. *Direito processual civil*. Volume 1. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Editora Bookseller, 1999, p. 253).

desenvolver no curso do procedimento em busca de determinado objetivo em comum, qual seja: a resolução do conflito (lide) mediante a imposição da vontade (justa) da lei.

Nesse viés, como leciona José Roberto dos Santos Bedaque²¹⁹, o processo é o instrumento pelo qual a jurisdição atua, vale dizer, “no momento em que alguém, utilizando-se da garantia constitucional do acesso à justiça (CF, art. 5º, inciso XXXV), provoca a atividade jurisdicional do Estado, retirando-o de sua inércia, faz nascer o processo” e, por conseguinte, “inicia-se, então, entre autor, juiz e, após a citação, réu, uma relação jurídica” tendente a se desenvolver até a prolação final do provimento jurisdicional (a sentença). De forma que, como conclui Daniel Mitidiero²²⁰, ao discorrer sobre a teoria do processualismo, “pode existir o processo ainda que não exista o direito material posto em juízo; pode existir o direito material posto em juízo ainda que não exista o processo”.

Posteriormente, em 1885, Adolf Wach, ao publicar a obra “Manual do Código Alemão de Direito Civil”, se junta ao ideário inaugurado por Bülow, ao apresentar estudos de direito processual civil engendrados a partir unicamente do conceito de relação jurídica processual e relacionados às funções processuais de conhecimento, de execução e de processo cautelar, sem qualquer ligação com o direito material.

No entanto, coube ao italiano Giuseppe Chiovenda, ainda que influenciado pela doutrina processualística alemã, dar rigor científico à autonomia ao processo, consolidando-a como teoria processual, atribuindo-lhe a primazia de ter afirmado, em sua obra *Saggi di Diritto Processuale Civile*, publicada em 1903, a autonomia da ação enquanto direito potestativo conferido ao autor de obter, em face do adversário, uma atuação concreta da lei.

Em 1941, a teoria da autonomia do processo desembarcou no Brasil graças às lições de Enrico Tullio Liebman²²¹, que, por sua vez, teve Alfredo Buzaid como aluno no curso de

²¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. Justitia, São Paulo. ano 53, volume 156, out./dez, 1991. p. 48.

²²⁰ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo: RePro, v. 35, n.º 183, p. 165-194, maio 2010.

²²¹ “Foi ao início da Segunda Guerra Mundial que aportou ao Brasil ENRICO TULLIO LIEBMAN, professor catedrático já aureolado. Regeu, a princípio e por pouco tempo, um curso na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Depois transferiu sua residência para São Paulo, onde foi contratado para ministrar o curso de extensão universitária na Faculdade de Direito, aí permanecendo até 1946. Neste ano regressa à Itália. A sua Pátria, finda a guerra, reclamava-lhe a volta, a fim de assumir a cátedra da Faculdade de Direito da Universidade de Milão” (BUZAID, Alfredo. *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. volume 72, n.º 1, 1977, p. 132).

extensão universitária da Universidade de São Paulo – USP, quem, em 1964, entregou à Presidência da República o anteprojeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 1973. O chamado “Código Buzaid”²²² incorporou explicitamente as ideias de Liebman, considerando o processo um conceito da ciência processual que não pode ser ligado ao direito material, sob pena de se ameaçar a sua propalada autonomia, de modo que a ação²²³, por opção expressa de política legislativa, passou a ser considerada em nosso ordenamento, de forma impositiva, como o poder jurídico de invocar a prestação jurisdicional do Estado.

O Código de Processo Civil de 1973, considerado o evolucionismo acima retratado e datado, foi pensado de acordo com a realidade social do final do século XIX (Europa) e início do século XX (Brasil), ou seja: o rol de direitos fundamentais, como hoje conhecemos, ainda se encontrava em lenta construção e as lides, dada a reduzida população urbana à época, eram lineares, envolvendo, em sua grande maioria, apenas controvérsias patrimoniais individuais, inexistindo os atuais conflitos de massa (contratos de adesão e direito do consumidor). Deste modo, a real preocupação do CPC de 1973 foi normatizar o exercício jurisdicional de acordo com os axiomas processuais defendidos pela teoria de Liebman e adotada pela escola paulista de direito da qual Alfredo Buzaid fez parte.

Ocorre, todavia, que, a partir do advento da promulgação da Constituição de 05 de outubro 1988, a codificação processual, concebida em 1973, passou a apresentar um manifesto descompasso com os valores consagrados no texto constitucional, sobretudo quanto à proteção das garantias individuais, ao acesso à justiça e à resolução de conflitos de massa. Com efeito, os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, permaneceram na periferia do Código de Processo Civil de 1973, contribuindo para a derruição da segurança jurídica de nosso ordenamento, tendo em vista que o eixo das relações privadas e públicas se deslocou da legislação ordinária, seja de direito material ou processual, para o seio da nova e democrática Carta Política de 1988, de modo que os

²²² “Em 1964, entrega Alfredo Buzaid o Anteprojeto do Código de Processo Civil, atendendo a convite do Ministro da Justiça, Oscar Pedroso Horta, que lhe incumbiu da tarefa como Professor Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Este Anteprojeto foi, anos mais tarde, revisto e discutido por uma Comissão de eminentes juristas, constituída por José Carlos Moreira Alves, Luís Antônio de Andrade, José Frederico Marques e Cândido Rangel Dinamarco, em reuniões que contavam ainda com a presença assídua do não menos eminente jurista José Carlos Barbosa Moreira. Em 1972, o Projeto de Código de Processo Civil foi encaminhado ao Congresso Nacional, por mensagem do Presidente da República. Discutido e aprovado, foi sancionado o Código de Processo Civil em 1973 por Emílio Médici, devidamente coadjuvado pelo seu então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid” (MITIDIERO, 2010, p. 176).

²²³ “Esta solução de política legislativa não se divorcia da doutrina, que proclama a autonomia da ação, isolando-a do direito subjetivo. Considerada em sua natureza, a ação é uma categoria jurídica autônoma” (BUZAID, 1977, p. 136).

princípios fundamentais passaram a reger, em sua plenitude, a forma de se interpretar e aplicar as normas legais de regência social.

O processo civil regulado pelo CPC de 1973, repisa-se, foi idealizado sob os auspícios de uma fase histórica muito diversa da atual, uma vez que a Constituição então vigente (de 1967), predominantemente autoritária, não contemplava o rol de direitos fundamentais hoje positivados, assim como não dava qualquer tratamento aos litígios em que pudessem figurar uma multiplicidade indeterminada de sujeitos, tendo dessa maneira contribuído, em razão de seu evidente anacronismo, com a crise de inefetividade de direitos sociais albergados pela Carta de 1988.

O anacronismo do sistema processual foi sentido pelos operadores do direito, mormente após a maturidade da lei fundamental em vigor, exigindo, consequentemente, uma oxigenação da forma de se compreender o processo civil.

A importância do processo não reside mais na limitação da análise da vinculação entre as partes e o julgador (sujeitos processuais), mas sim na possibilidade desta relação processual refletir e permitir a concretização dos valores proclamados no texto constitucional, principalmente os direitos fundamentais, residindo, nestes motivos, hoje a importância e a legitimidade das decisões judiciais.

Nesse contexto, a Constituição deixou de ser reputada simplesmente como uma carta de declaração de direitos políticos (como visto no tópico 1.2 que tratou do evolucionismo semântico da Constituição), para assumir, no plano da jurisdição constitucional, uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico, incluídas as relações de direito privado e de direito público (verticalização dos direitos fundamentais), de modo que a instrumentalidade do sistema processual deve atender aos princípios de ordem social, econômica e política representados e contidos expressamente no texto da atual Lei Magna.

Tal ideário interpretativo é igualmente preconizado por Luiz Rodrigues Wambier²²⁴, ao afirmar que:

Todo o ordenamento jurídico brasileiro, na verdade, é regido pela Constituição Federal. Assim, há muito tempo que a simples remissão à lei deixou de ser

²²⁴ WAMBIER, 2016, p. 57.

suficiente para a compreensão não apenas do direito processual civil, mas também dos demais ramos e disciplinas do direito.

Em se tratando especificamente do processo civil, isso significa que as normas do Código de Processo Civil ou da legislação processual civil extravagante, como um todo, somente podem ser integradas e satisfatoriamente interpretadas em cotejo com aquelas dispostas na Constituição Federal, isto é, não se bastam sozinhas. É a própria Constituição que orienta todo o 'dever ser' do processo e de todos os seus temas e institutos. A Constituição Federal é a matriz de todo o sistema processual. As normas e institutos infraconstitucionais do processo devem ser todos compreendidos e aplicados à luz da Constituição – jamais o contrário.

Ora, a Constituição, como já foi escrito no capítulo inaugural do desenvolvimento, é o ponto de partida para a compreensão adequada de todo o nosso ordenamento jurídico positivo, englobando, principalmente, o sistema processual, hoje regulado pelo Novo Código de Processo Civil, tanto é que o próprio legislador se preocupou em consignar expressamente, na redação de seu artigo inicial²²⁵, que as normas processuais regidas pela Lei n.º 13.105/2015 devem ser lidas e interpretadas sempre em observância ao princípio da supremacia e da efetividade da Constituição.

Tem-se, portanto, que é importantíssimo se conscientizar e jamais se esquecer de que a Constituição, enquanto conjunto de normas estruturantes de todas as demais fontes legislativas, deve ser o ponto de convergência, harmonização e otimização do ordenamento jurídico, pois as leis infraconstitucionais, dentre elas, ressalte-se, o Novo Código de Processo Civil, são normas fundadas em relação ao texto constitucional, de forma que a ela devem estrita observância e adequação semântica, sob pena de ser inválida ante a sua incompatibilidade normativa com a lei fundamental.

Assim, nesse compasso, é preciso frisar que, como anteriormente defendido, a garantia da inafastabilidade da jurisdição, conquanto seja uma das normas que fundamentam o controle difuso de constitucionalidade, é um princípio político-constitucional²²⁶, representando uma escolha pelo legislador constituinte de uma opção de política fundamental cuja observância deve ser respeitada e seguida por todo o ordenamento jurídico vigente, razão pela qual o Código de Processo Civil, enquanto legislação infraconstitucional, deve ser lido pelo operador do direito através da lente

²²⁵ Art. 1.º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. cit.).

²²⁶ “Princípios político-constitucionais são aqueles que ‘explicitam as valorações políticas fundamentais do constituinte’, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, isto é, refletem as principais políticas e a ideologia dominante do legislador” (SILVA NETO, 2013, p. 48).

constitucional, de forma que os preceitos e normativos nele previstos devem, obrigatoriamente, observância ao comando régio da Constituição.

Por conseguinte, na vigência da atual codificação processual, é imposta ao processo judicial, seja na ação de conhecimento ou em grau recursal, a busca pela maior e melhor materialização da justiça ao caso concreto (concretização dos direitos fundamentais), aprofundando-se, portanto, ao máximo, a solução decisória, com estreita vinculação ao texto constitucional, imposta à relação substancializada pelas partes.

Isto porque, rememorando a lição *kelseniana*, a defesa do texto constitucional, enquanto norma fundamental, deve passar à frente de qualquer lei, porquanto constitui a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

4.2. A aplicação do direito à espécie.

As normas fundamentais elencadas pelo legislador ordinário constituem os pontos cardiais de orientação quanto à aplicação da lei processual.

Os artigos inaugurais da Lei n.º 13.105/2015 se preocuparam em normatizar parâmetros interpretativos (art. 1º) que conduzem o julgador a fornecer ao jurisdicionado a tutela jurisdicional justa e tempestiva, otimizando o alcance da cognição judicial (art. 3º), que deverá priorizar, sempre, o julgamento de mérito da demanda (art. 4º).

Nesse viés, quanto à proteção da garantia da inafastabilidade da jurisdição, o Código de Processo Civil de 2015, dentre as várias inovações processuais trazidas, concebidas a partir da premissa da otimização do acesso do jurisdicionado à justiça, trouxe no corpo do artigo 1.034, a seguinte norma: “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito”²²⁷.

A primeira vista, após uma leitura apressada e superficial, é possível apenas concluir que a norma em comento se limitou a positivar no ordenamento processual o enunciado da

²²⁷ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. cit.

Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal²²⁸, assim como a regra disposta no artigo 255, § 5º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça²²⁹.

Cumpre esclarecer, todavia, que a intenção do legislador foi deixar explícito que a aplicação do direito à espécie abarca, em sua plenitude, todas as questões de fato e de direito (causa de pedir) relevantes para a solução do capítulo decisório impugnado, fortalecendo, neste compasso, o papel jurisdicional do STF e do STJ, ressoando, assim, a vontade da comissão de elaboração e do legislador de prestigiarem ao máximo o princípio do acesso à justiça, permeando, em cada oportunidade possível, a ideia de um processo constitucional.

O STF, à luz de sua jurisprudência²³⁰, entende que, ao “aplicar o direito à espécie”, lhe é permitido adotar fundamentos diversos daqueles consignados pela decisão recorrida, muito embora, vale destacar, não se inviabilize a remessa dos autos à instância ordinária para que o faça. O STJ, porém, costuma ser mais vanguardista e transcender a interpretação dada à Súmula 456 do STF, reconhecendo, ainda que mitigado, o efeito translativo²³¹ ao recurso

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 456* (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”). Sessão Plenária de 01/10/1964. DJ de 08/10/1964, p. 3647; DJ de 09/10/1964, p. 3667; DJ de 12/10/1964, p. 3699.

²²⁹ Art. 255. [...] § 5º No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie, com observância da regra prevista no art. 10 do Código de Processo Civil. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Ob cit.)

²³⁰ “1. Em nosso sistema processual, o recurso extraordinário tem natureza revisional, e não de cassação, a significar que ‘o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie’ (Súmula 456). Conhecer, na linguagem da Súmula, significa não apenas superar positivamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, mas também afirmar a existência de violação, pelo acórdão recorrido, da norma constitucional invocada pelo recorrente. 2. Sendo assim, o julgamento do recurso do extraordinário comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante à dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito constitucional (que na terminologia da Súmula 456/STF também compõe o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a do julgamento da causa, ‘aplicando o direito à espécie’. 3. Esse ‘julgamento da causa’ consiste na apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, ‘conhecido’ o recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Nada impede que, em casos assim, o STF, ao invés de ele próprio desde logo ‘julgar a causa, aplicando o direito à espécie’, opte por remeter esse julgamento ao juízo recorrido, como frequentemente o faz (BRASIL. STF. AgR nos ED no RE 346.736/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013, DJe de 18/06/2013).

²³¹ “Superado o juízo de admissibilidade e desde que não haja a necessidade de reexame do substrato fático-probatório dos autos, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, da Súmula 456/STF e do § 3º do art. 515, do CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal” (BRASIL. STJ. EDcl no REsp 1.255.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 22/09/2014). No mesmo sentido (STJ): AgInt no REsp 1.641.348/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 14/08/2017; REsp 1.593.663/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016, dentre outros.

especial, desde que o reclamo tenha sido admitido, albergando, assim, inclusive, o conhecimento de matéria que demanda o controle de constitucionalidade²³².

O entendimento firmado na Súmula 456 do STF – e atualmente reproduzido no art. 1.034, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 –, ressalte-se, não autoriza o Tribunal da Cidadania conhecer de matéria suscitada a destempo ou preclusa pela parte (ausência de prequestionamento). Entretanto, exterioriza a compreensão de que a atuação do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial, tem natureza revisional e não de mera cassação, o que implica a possibilidade de aplicar o direito à espécie, inclusive apreciando argumentos que, embora invocados pelas partes nas instâncias ordinárias, não foram ali debatidos.

Por conseguinte, recebido o recurso especial, não fica o STJ impedido de mencionar ou de levar em conta outros dispositivos aplicáveis, sejam eles constitucionais, legais ou de convenções internacionais, como bem destaca o Ministro Marco Buzzi, no julgamento do REsp n.º 1.407.907/SC²³³:

De fato, admitido o recurso especial, deve-se aplicar o direito à espécie, providência que reclama, sobretudo em demandas como a dos autos [*liberdade de imprensa x direito à informação*], o enfrentamento de temas de cunho constitucional, a fim de se acolher ou rejeitar a violação do direito infraconstitucional invocado ou para conferir à lei a interpretação que melhor se ajusta à Carta Magna.

Tem-se, desta feita, que a regra processual contida no artigo 1.034 do NCPC expressamente conferiu às instâncias de sobreposição a qualidade de tribunais de revisão, possibilitando-lhes, assim, para resolver a controvérsia a elas submetida, adotar fundamentos diversos daqueles consignados pela decisão recorrida, sejam eles de direito federal ou constitucional.

Este, ademais, é o pensamento de Alexandre Freitas Câmara²³⁴:

No caso de haver julgamento de mérito do recurso, o STF e o STJ deverão ir além da mera fixação da tese jurídica aplicável, incumbindo-lhes julgar o caso concreto,

²³² “É possível que, para julgar a causa e aplicar o direito à espécie, conforme dispõe o art. 1.034, *caput*, o STJ pode exercer o controle difuso de constitucionalidade no julgamento do especial. No entanto, é preciso que o faça originariamente – em outras palavras, se o acórdão local já agasalha a questão constitucional, do julgado caberá recurso extraordinário, e reexaminar essa questão no julgamento do especial usurpa a competência do próprio STF” (ASSIS, 2016, p. 936).

²³³ BRASIL. STJ. REsp 1.407.907/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015.

²³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 551.

aplicando o direito (art. 1.034). É que o STJ e o STF não são meros ‘tribunais de teses’, nem atuam como tribunais de cassação (limitando-se a invalidar decisões que repute equivocadas para que os tribunais inferiores rejulguem as causas). A eles cabe atuar, em sede de recursos excepcionais, como *tribunais de revisão*, rejulgando as causas que lhes são submetidas através de recurso especial ou extraordinário. E tanto isto é verdade que, admitido o recurso especial ou extraordinário, o capítulo da decisão que tenha sido impugnado é inteiramente devolvido ao tribunal, devendo este examinar todos os fundamentos necessários para seu completo reexame.

Observa-se, portanto, que o Novo Código de Processo Civil, ao maximizar normativamente a possibilidade de aplicação do direito à espécie, em qualquer grau de jurisdição, fortalece o papel do Tribunal da Cidadania como corte de revisão, admitindo o enfrentamento de todas as questões relevantes, o que abarca eventual exame incidental de inconstitucionalidade, revigorando o encorajamento e o engajamento do exercício da jurisdição constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.3. A fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário à luz do Novo Código de Processo Civil.

Tem-se, ainda, por outro lado, a inovação trazida pelo CPC de 2015 em seus artigos 1.032 e 1.033²³⁵, o princípio da fungibilidade dos recursos excepcionais:

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o *caput*, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

A concepção deste corolário decorre da própria e idêntica natureza extraordinária dos recursos submetidos à apreciação das cortes de sobreposição. Seu escopo, pelo legislador, não foi, de forma alguma, afastar a jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça, até porque revelaria uma incompreensível contradição com os demais axiomas contidos

²³⁵ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. cit.

repetidamente na Lei n.º 13.105/2015, que incessantemente ressaltam a obrigação de unidade, integração e respeito das normas processuais ao texto constitucional. Seu objetivo foi claramente apenas o de se esvaziar o conteúdo normativo da Súmula 126 do STJ, impedindo-se, assim, o *non liquet*²³⁶ no grau extraordinário de jurisdição.

A norma processual ora comentada reflete o espírito pujante do legislador de concretizar as normas constitucionais, sobretudo aquelas que enunciam cláusulas gerais²³⁷, como a inafastabilidade de jurisdição; e, assim, em face à natural correlação entre os preceitos contidos no texto constitucional e na legislação ordinária, as normas constitucionais dependem, para a real efetivação, da interferência²³⁸ do legislador ordinário, a quem compete prover o sistema, na busca de sua integração, com indispensáveis preceitos complementares, regulamentares ou procedimentais.

No âmbito do STJ – percebe-se do estudo jurisprudencial²³⁹ –, a previsão contida no art. 1.032 do CPC/2015 apenas confere fungibilidade ao recurso que, interposto como recurso

²³⁶ “A doutrina e a jurisprudência costumam apontar como fundamento constitucional para a vedação do *non liquet* o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, o qual estabelece que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Alega-se que a proibição é importante para resguardar o sistema jurídico do colapso. Com efeito, aduz-se que, para que seja possível viver em sociedade, é preciso que o Estado disponha de instrumentos jurídicos para pacificação social. Sustenta-se, ainda, que, a partir do momento que o Estado proibiu o exercício da autotutela, assumiu o dever de prestar a jurisdição em toda e qualquer hipótese. Nesse sentido, se o juiz pudesse deixar de decidir, os conflitos sociais não seriam solucionados e a própria configuração do Estado restaria comprometida”(KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. RDA – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015).

²³⁷ “Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 303).

²³⁸ “A concretização das normas constitucionais depende, em muitos casos, da intermediação do legislador ordinário, a quem compete prover o sistema com indispensáveis preceitos complementares, regulamentares ou procedimentais. Dessa pluralidade de fontes normativas resulta a significativa presença, em nosso sistema, de matérias juridicamente miscigenadas, a ensejar (a) que as decisões judiciais invoquem, simultaneamente, tanto as normas primárias superiores, quanto as normas secundárias e derivadas e (b) que também nos recursos possa ser alegada, de modo concomitante, ofensa a preceitos constitucionais e a infraconstitucionais, tornando problemática a definição do recurso cabível para as instâncias extraordinárias (STF e STJ)” (BRASIL. STJ. EREsp 547.653/RJ, Rel. Ministro Teoria Albino Zavaski, Corte Especial, julgado em 15/12/2010, DJe 29/03/2011).

²³⁹ “Mesmo com a entrada em vigor do CPC/2015, ainda permanece hígido o enunciado 126 da súmula desta Corte, no qual ‘é inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário’ (Súmula 126/STJ), razão pela qual não há falar em aplicação do art. 1.032 à

especial pelo recorrente, ocupa-se exclusivamente de matéria constitucional, própria do recurso extraordinário.

Há, nesta hipótese, a percepção do equívoco quanto à escolha do recurso cabível.

Pretendeu-se, desta forma, tão somente solucionar a definição da interposição do recurso cabível para as instâncias extraordinárias (STF e STJ), restringindo-se às hipóteses em que o jurisdicionado, por equívoco, devolve ao STJ matéria exclusivamente constitucional decidida pela instância de piso.

Nesse sentido, aliás, é o escólio de Nelson Nery Júnior:²⁴⁰

Para que seja cumprido o comando constitucional que garante o exercício do direito de ação deve ser aplicado o princípio da fungibilidade, substituindo-se o recurso erroneamente interposto pelo que seria o correto, desde que presentes os requisitos da existência de dúvida objetiva sobre qual seria o recurso adequado e da inexistência de erro grosseiro por parte daquele que pretende se beneficiar da fungibilidade.

Entretanto, se o acórdão proferido pelo tribunal de justiça ou regional analisa determinada causa, concomitantemente, à luz de preceitos constitucionais e a infraconstitucionais, não tendo sido interpostos simultaneamente os recursos especial e extraordinário, esta situação não traduz a hipótese de equívoco quanto à escolha do recurso, mas, sim, a própria ausência de recurso em separado no tocante ao capítulo decisório de jaez constitucional, permanecendo hígida²⁴¹ a aplicação da Súmula 126 do STJ.

O referido comando normativo foi concebido, portanto, para dar amplitude à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição e não – como à primeira vista pode ser erroneamente entendido – para reduzir ou retirar a jurisdição constitucional difusa do Superior Tribunal de Justiça. Tanto é que regula situação diversa daquela em que se possibilita ao STJ o exercício incidental da jurisdição constitucional.

espécie” (BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1.665.154/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 30/08/2017).

²⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: (processo civil, penal e administrativo). 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 192.

²⁴¹ “O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, mesmo com a entrada em vigor do CPC/15, ainda permanece hígido o enunciado 126 da súmula desta Corte, no qual ‘é inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário’ (Súmula 126/STJ), razão pela qual não há falar em aplicação do art. 1.032 à espécie.” (BRASIL. STJ. EDcl no REsp 1.666.254/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/09/2017, DJe 09/10/2017).

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça pode apreciar a inconstitucionalidade das leis aplicáveis às hipóteses sob a sua jurisdição somente quando a matéria constitucional, constituindo questão prejudicial (ou seja: incidental) ao deslinde do mérito apreciado no recurso especial, não foi apreciada pelo acórdão recorrido.

Essa situação, entretanto, não enseja a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos excepcionais pelo relator, porquanto não há dúvida objetiva pelo recorrente e tampouco a questão constitucional foi examinada pelo tribunal de origem. O que há de novo nesta hipótese é a forma de se interpretar a legislação pelo julgador que, incidentalmente, denota a existência de incompatibilidade com o texto constitucional e, sem se furtar à atividade jurisdicional que lhe foi confiada, enfrenta, após o cumprimento da cláusula do *full bench*, a questão litigiosa, declarando, no exercício de sua jurisdição constitucional, a nulidade da lei ou ato normativo à luz da Constituição.

Recorde-se, ainda, que o critério em geral adotado pelo STJ²⁴² para definir o reclamo cabível nessas situações é o de que não cabe o recurso especial, e sim o extraordinário, quando a norma infraconstitucional apontada como violada simplesmente reproduz uma norma constitucional.

O sentido positivo inverso do critério é, consequentemente, o do cabimento do recurso especial quando a norma infraconstitucional não é mera reprodução da norma superior, mas traz uma disciplina mais abrangente ou mais específica da matéria tratada. Nestas hipóteses, o STF entende que não há usurpação, pelo STJ, no julgamento de demanda com “causa de pedir fundada em princípios constitucionais genéricos, que encontram sua concreta realização nas normas infraconstitucionais.”²⁴³

Por sua vez, quando a controvérsia chegava ao Supremo Tribunal Federal, o Pretório Excelso não conhecia dos recursos extraordinários interpostos, quase sempre por entender que

²⁴² “O critério em geral adotado pelo STJ para definir o recurso cabível nessas situações é o de que não cabe o recurso especial, e sim o extraordinário, quando a norma infraconstitucional apontada como violada simplesmente reproduz uma norma constitucional. O sentido positivo inverso do critério é, consequentemente, o do cabimento do recurso especial quando a norma infraconstitucional não é mera reprodução da norma superior, mas traz uma disciplina mais abrangente ou mais específica da matéria tratada. A dificuldade, muitas vezes presente, de distinguir a simples reprodução da efetiva inovação no campo normativo deve ser superada à luz do princípio do acesso à justiça, afastando, desse modo, o sério risco de se negar ao jurisdicionado tanto um quanto outro dos recursos à instância extraordinária.” (BRASIL. STJ. EREsp 547.653/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 15/12/2010, DJe 29/03/2011).

²⁴³ BRASIL. STF. ED no AgR na Rcl 2.252/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 18/03/2004, DJ de 16/04/2004.

a celeuma se instalou no âmbito infraconstitucional e a violação à Constituição Federal, se existente, seria reflexa. Nesse sentido, apenas a título de exemplos, confirmam-se os seguintes precedentes: AgR no AI 685.054/PR, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 21/08/2012, DJe de 05/09/2012; AgR no AI 763.284/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe de 28/06/2012; AgR no RE 597.962/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 27/03/2012, DJe de 20/04/2012; AgR no AI 766.309/RS, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe de 27/11/2009.

Em conclusão, o princípio da fungibilidade dos recursos excepcionais foi pensado no intuito de se evitar o cenário de prejuízo ao jurisdicionado, acima retratado, recorrente sob a égide do CPC de 1973, quando o STJ se abstém de julgar o mérito recursal ao argumento de que não pode se imiscuir no contencioso constitucional, ao passo que o STF, ao deparar com o recurso extraordinário interposto concomitantemente, afirma haver mera “ofensa reflexa” à Constituição. Nesse diapasão, como nos adverte o Ministro do STJ Luís Felipe Salomão, “forma-se, a partir daí, um cenário perigoso ao jurisdicionado, que, em não raras vezes, tem subtraídas ambas as vias recursais, a do recurso especial e a do recurso extraordinário.”²⁴⁴

Traduz, em síntese, uma resposta do legislador, ainda que paliativa, à utilização nociva da jurisprudência defensiva, por vezes aplicada sem a devida reflexão, que apenas culmina por obstar o acesso do jurisdicionado à instância extraordinária lato senso.

²⁴⁴ No corpo de seu voto, o Ministro Luís Felipe Salomão assevera que: “Diversos precedentes há, nesta Corte Superior de Justiça, a afirmar que a celeuma instalada entre a alegação de dano moral e a liberdade de imprensa resolve-se pela via do recurso extraordinário, ora negando o especial interposto, ora exigindo a interposição de recurso extraordinário simultâneo, por força da Súmula n. 126/STJ. Nesse sentido, entre muitos outros, são os seguintes precedentes, nos quais se afirmou ser de índole parcial ou totalmente constitucional controvérsia análoga à que ora se analisa: AgRg no Ag 1.340.505/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10/04/2012; REsp 1.001.923/PB, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/03/2012; AgRg no Ag 1.185.400/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/05/2011; AgRg no REsp 1.125.127/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/05/2011. Não obstante, quando a controvérsia chega ao Supremo Tribunal Federal não se conhece do recurso extraordinário interposto, quase sempre por se entender que a celeuma instalou-se no âmbito infraconstitucional e a violação à Constituição Federal, se existente, seria reflexa. Nesse sentido, apenas a título de exemplos, confirmam-se os seguintes precedentes: AI 685054 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 21/08/2012; AI 763284 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012; RE 597962 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 27/03/2012; AI 766309 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009; Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008; AI 631548 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010” (BRASIL. STJ. REsp 1.334.097/RJ, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013).

4.4. Observações sobre a declaração de inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça e a eficácia (força) de seu precedente à luz do Novo Código de Processo Civil.

O *judicial review*, fundado na supremacia da Constituição da República, como visto no capítulo 2, dispõe de competência para realizar o exame de constitucionalidade das leis e atos normativos e, no caso de incompatibilidade entre o texto legal e o constitucional, declarar a nulidade da lei no ordenamento jurídico vigente. Em se tratando de controle difuso, em regra, sua natureza é declaratória ao caso em concreto, limitando-se, pragmaticamente, a reconhecer a sua inaplicabilidade incidental à hipótese apreciada subjetivamente nos autos.

Logo, o poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar o texto legal inconstitucional a determinado processo pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade, que pode ser, inclusive, declarada retroativamente. Isso porque uma norma inconstitucional não deve gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis, de modo que a eventual eliminação dos atos praticados com fundamento na lei inconstitucional terá de ser considerada em face de todo o sistema jurídico desde o seu nascimento, impedindo-se que produza efeitos.

Não há, quanto a isso, maior controvérsia.

Quanto à temática da declaração de inconstitucionalidade, observa-se, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que o princípio da *interpretação conforme a Constituição* vem sendo utilizado tanto como regra interpretativa do sistema jurídico, aplicável em todos os casos, como técnica de controle de constitucionalidade.

Como é sabido, a *interpretação conforme a Constituição* (*verfassungskonforme Auslegung*) é uma criação jurisprudencial de origem alemã, destinada a compatibilizar uma determinada norma com o sistema constitucional vigente, sem que seja, à luz da teoria da invalidade, declarada a sua nulidade.

O silogismo compreendido na técnica da *interpretação conforme a Constituição* é que há uma diferença entre o enunciado normativo e a norma dele extraída, ou seja: a literalidade do texto legal não necessariamente equivale ao comando dele extraído. Percebida essa realidade, seria possível se adequar a norma ao texto constitucional, sem necessidade de

alteração de sua literalidade, minimizando o impacto das decisões de inconstitucionalidade sobre a segurança jurídica do sistema jurídico.

Gilmar Mendes²⁴⁵ nos adverte, contudo, quanto à existência de limites à aplicação do postulado da *interpretação conforme a Constituição*, uma vez que a sua utilização somente é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto legal e, ainda, não alterar o significado de sua redação normativa, mediante a mudança radical da própria concepção original conferida pelo legislador, sendo, portanto, vedado ao Tribunal, no exercício da jurisdição constitucional, conferir significado diverso daquele estabelecido originariamente pela intenção do legislador.

Isso porque, destaque-se, o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Legislativo, de forma a criar um novo texto legal, sob pena de atuar, proibitivamente, como legislador positivo²⁴⁶ e, por conseguinte, desprezar o princípio da separação entre os poderes.

Cumprе registrar que, até o final da década de 1990, prevalecia, contudo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a posição conservadora de que a regra da *interpretação conforme a Constituição* era, unicamente, uma técnica de controle de constitucionalidade.²⁴⁷

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 394.

²⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 12.

²⁴⁷ “Representação de inconstitucionalidade do parágrafo 3 do artigo 65 da lei orgânica da magistratura nacional, introduzido pela lei complementar n. 54/86. - O princípio da interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo poder legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o poder legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. - Em face da natureza e das restrições da interpretação conforme a Constituição, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que converter-se, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que tem finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta. - No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme a constituição por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica. - O parágrafo 3 do artigo 65 da lei complementar n. 35/79, acrescentado pela lei complementar n. 54, de 22.12.86, é inconstitucional, quer na esfera federal, quer na estadual. Violação dos artigos 57, II, 65 e 13, III e IV, bem como seu parágrafo 1, da Carta Magna. Representação que se julga procedente, para se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 3 do artigo 65 da Lei Complementar n. 35/79, introduzido pela Lei Complementar n. 54, de 22.12.86” (BRASIL. STF. Rp 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1987, DJ de 15/04/1988).

Hodiernamente, vivencia-se a sua flexibilização semântica, admitindo-a, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, além de técnica de controle de constitucionalidade, como modalidade de interpretação hermenêutica ou regra interpretativa (sistêmica) do direito.

Nesse diapasão, é o escólio do Ministro Luís Roberto Barroso²⁴⁸:

I.3. Princípio da interpretação conforme a Constituição.

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.

Consoante se verifica de seus julgados, prevalece no STJ o posicionamento jurisprudencial que reconhece natureza dúplice da *interpretação conforme a Constituição*, comumente utilizada nos julgamentos que realiza como forma de interpretação hermenêutica a ser aplicada, em qualquer caso, pelo magistrado, isto porque, como justifica o Ministro Moura Ribeiro, no julgamento do REsp n.º 1.483.841/RS²⁴⁹,

a Constituição Federal sempre deverá ser interpretada, buscando conjugar a letra do texto constitucional trazida pelo constituinte com as características sociais, históricas, políticas do momento, quando aí sim será possível encontrar o melhor sentido da norma jurídica, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão.

No mesmo sentido, a Primeira Turma do STJ, no julgamento do REsp 930.596/ES²⁵⁰, ao utilizá-la como regra hermenêutica, também expressamente consignou que

o princípio da interpretação conforme a Constituição, impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer; entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição.

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 52.

²⁴⁹ BRASIL. STJ. REsp n.º 1.483.841/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma, DJe de 27/03/2015.

²⁵⁰ BRASIL. STJ. REsp n.º 930.596/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 10/02/2010.

Cumprе destacar, ainda, que, quando é utilizada como técnica interpretativa, não é necessária a observância da regra do *full bench* (art. 97 da CF/1988) pelos Tribunais, pois, nos termos da jurisprudência²⁵¹ do Supremo Tribunal Federal, não há a declaração efetiva de invalidade da norma, apenas o seu ajuste principiológico no sistema.

Por fim, analisando os incidentes de inconstitucionalidade apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵², verifica-se, a título de conhecimento, que o princípio da *interpretação conforme a Constituição* já foi utilizado tanto para justificar a sua suscitação²⁵³, quanto como fundamento de declaração de invalidade de uma lei, tendo sido atribuído o valor da norma federal à luz da Constituição²⁵⁴.

Surgem alguns questionamentos, todavia, quanto à eficácia/força do precedente proferido em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça, mormente à luz das modificações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil.

Como é amplamente divulgado pelos doutrinadores, a Lei n.º 13.105/2015 permeou, ainda mais, em nosso sistema jurídico, adepto à Escola do *Civil law*²⁵⁵, conceitos oriundos da teoria do *stare decisis*²⁵⁶, tornando-o simbiótico com a Escola do *Common law*, no intuito de fortalecer os princípios da estabilidade e segurança jurídica dos julgados pelos órgãos judiciais.

A teoria do *stare decisis*, em linhas gerais, proclama que os tribunais devem manter uma jurisprudência coerente e constante, possuindo previsibilidade de julgamento ante a força

²⁵¹ “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO CASO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE STF 10 E AO ART. 97, CF/88. 1. Para a caracterização de ofensa ao art. 97 da Constituição Federal, que estabelece a reserva de plenário (*full bench*), é necessário que a norma aplicável à espécie seja efetivamente afastada por alegada incompatibilidade com a Lei Maior. 2. Não incidindo a norma no caso e não tendo sido ela discutida, a simples aplicação da legislação pertinente ao caso concreto não é suficiente para caracterizar a violação à Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal. 3. O embasamento da decisão em princípios constitucionais não resulta, necessariamente, em juízo de inconstitucionalidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL. STF. AgR no AgR no AI n.º 814.591/SE, rel.ª Min.ª Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe de 27/05/2011).

²⁵² vide nota de rodapé 124.

²⁵³ BRASIL. STJ. AI no REsp n.º 1.291.636/DF, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/06/2013, DJe 21/11/2013.

²⁵⁴ BRASIL. STJ. AI no HC 239.363/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015.

²⁵⁵ Na lição de Elpídio Donizetti: “Essa Escola considera que a lei é a fonte primária do ordenamento jurídico e, consequentemente, o instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário” (DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446/2472>>. Acesso em: 20 jan 2018).

²⁵⁶ Constitui, em essência, um sistema de força obrigatória dos precedentes judiciais, próprio da Escola do *Common law*.

obrigatória de aplicação dos precedentes pelos juízes, ao passo que, como adverte Elpídio Donizetti, “no *Civil law*, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas necessariamente não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica idêntica.”²⁵⁷

Não obstante, o Código de Processo Civil de 1973, após a reforma da Emenda Constitucional n.º 45/2004 e das Leis n.ºs 11.418/2006 e 11.672/2008, já se aproximava do sistema dos precedentes, ao regular as súmulas vinculantes, a repercussão geral do recurso extraordinário e o julgamento dos recursos especiais repetitivos.

Quanto à sua eficácia, como leciona Luís Roberto Barroso²⁵⁸, os precedentes podem, de acordo com a sua fonte judicial de produção, possuir a seguinte classificação, relativamente à sua força vinculativa²⁵⁹: julgados *meramente persuasivos*, de *normativa intermediária* e *normativos em sentido forte*.

Os precedentes com *eficácia meramente persuasiva* produzem efeitos apenas às partes envolvidas e aos feitos nos quais foram firmados, servindo para os demais casos tão somente como orientação a ser, preferencialmente, seguida pelos demais julgadores. Há, também, aqueles dotados de *eficácia intermediária*, cujos efeitos transcendem os casos em que foram produzidos, seja em favor ou desfavor de quem neles não era parte, “ou, ainda, porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória”²⁶⁰. Por fim, os precedentes *normativos em sentido forte*: correspondem aos julgados e entendimentos que devem ser necessariamente considerados pelas demais instâncias e cujo desrespeito, ao contrário daqueles com força intermediária, ensejam reclamação, ao STJ ou ao STF, para que seja restabelecido o seu acatamento.

²⁵⁷ DONIZETTI, 2018, p. 5.

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 20 jan 2018.

²⁵⁹ “A noção de força vinculante é intuída na prática processual e constitucional. Em seu sentido estrito, concerne à imposição de que uma dada dicção judicial seja obrigatoriamente observada e aplicada por outros órgãos estatais à generalidade das pessoas - sob pena de afronta à autoridade e competência daquele órgão que emitiu a dicção” (TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante* (ou “Devagar com o andor que o santo é de barro”). Disponível em: <<https://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

²⁶⁰ BARROSO, 2018, p. 20.

Pode-se afirmar, ainda, que na vigência do CPC/1973 as decisões proferidas pelos tribunais produziam eficácia/força meramente persuasiva²⁶¹ aos juízes a eles vinculados. Nesse particular, leciona Luís Roberto Barroso²⁶² que “entendimentos firmados nestas decisões obrigavam apenas as partes do processo e não determinavam como seriam julgados casos futuros, embora pudessem contribuir argumentativamente para a defesa da aplicação de solução semelhante em demandas análogas.”

O Novo Código de Processo Civil procurou sistematizar a doutrina da força obrigatória dos precedentes nos artigos 926, 927 e 928, orientando os Tribunais a uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente; tendo, contudo, e aqui cabe a crítica, deixado de informar ou definir o que é o precedente judicial, algo que, por si só, já contribuiria significativamente para a segurança jurídica dos julgamentos pelos Tribunais.

Tal conceito, em razão da lacuna legal, deve ser extraído da doutrina, podendo-se adotar, para tanto, a ideia de que “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”²⁶³

Para Luiz Guilherme Marinoni²⁶⁴, “um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo”, ou seja: “é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina.”

Estabelecido doutrinariamente o conceito de precedente, passa-se à análise de sua eficácia/força, no âmbito do controle difuso, dentro da nova ordem processual e constitucional.

²⁶¹ “Os julgados com essa eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais” (BARROSO, 2018, p. 19).

²⁶² BARROSO, 2018, p. 14.

²⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 381.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 214.

A eficácia (força obrigatória) vertical e horizontal dos precedentes, enquanto parâmetro de segurança jurídica dos julgamentos, mormente em sede de controle difuso de constitucionalidade, era, desde o código pretérito, objeto de intensa discussão e preocupação pela doutrina.

Teori Albino Zavascki antevia, ainda na vigência do CPC/1973, a força ou eficácia vinculativa e expansiva das decisões proferidas em sede de controle difuso pelos tribunais, sopesados, para tanto, como balizas de adequação sistêmica do ordenamento constitucional, os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

Com efeito, preconizava, ao defender a natural vocação expansiva das decisões sobre constitucionalidade das normas, que:²⁶⁵

Assim, põe-se em foco, objetivamente, a questão de como harmonizar a eficácia da decisão sobre a constitucionalidade da norma no caso concreto com as imposições dos princípios constitucionais da isonomia – que é absolutamente incompatível com eventuais tratamentos diferentes em face da mesma lei quando forem idênticas as situações –, e da segurança jurídica, que recomenda o grau mais elevado possível de certeza e estabilidade dos comandos normativos. Há, ademais, uma razão de ordem prática: se a norma é aplicável a um número indefinido de situações, não faz sentido repetir, para cada uma delas, o mesmo julgamento sobre a questão constitucional já resolvida em oportunidade anterior. Essas são as razões a demonstrar que as decisões a respeito da legitimidade das normas têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto.

Adotando-se o raciocínio exposto e, ainda, os preceitos constitucionais que conferem o exercício da jurisdição constitucional ao Supremo Tribunal Federal (em sede de recurso extraordinário) e ao Superior Tribunal de Justiça (nos julgamentos realizados sob a regência do art. 97 da CF/1988), enquanto Cortes de sobreposição do sistema judicial, já não havia como, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, afastar ou negligenciar às suas decisões proferidas em sede de controle difuso-concreto os mesmos efeitos conferidos às decisões no âmbito do controle concentrado, quais sejam, eficácia/força vinculante (de observância obrigatória).

Tanto é que, a partir do julgamento da Rcl n.º 4.335/AC²⁶⁶ (rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno), no ano de 2014, o STF passou a adotar a chamada *teoria da objetivação ou*

²⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 26.

²⁶⁶ “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei n.º 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de

abstrativização do controle difuso. Naquela assentada, o Ministro Gilmar Mendes defendeu o posicionamento de que, se o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, ainda que em sede de controle difuso, referida decisão teria, impreterivelmente, os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante forte²⁶⁷. Entendeu-se, também, que o art. 52, X, da CF/1988 sofreu uma mutação constitucional, tendo sido reinterpretado, cabendo, agora, ao Senado Federal apenas dar publicidade à decisão tomada pelo Plenário do STF. Em outras palavras, resumidamente, a decisão do STF, mesmo em controle difuso, já seria dotada de efeitos *erga omnes* e vinculante forte, sendo tão somente conferido ao Senado atribuir publicidade ao seu julgado.

Tal forma de conceber e pensar o controle difuso, pelas Cortes de sobreposição, imprime inequivocamente força normativa à Constituição e instrumentaliza os princípios da igualdade/isonomia, segurança jurídica e razoável duração do processo. Mormente porque, como arremata Luiz Guilherme Marinoni:²⁶⁸

[...] o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para dar origem a uma sistema de precedentes vinculantes.

Não obstante, por certo, não há como igualar o controle difuso operado pelo STJ (residual) ao realizado pelo STF (originário), que precipuamente o exerce, por competência constitucional expressa, em sede de recurso extraordinário, cumprindo-lhe o mister institucional de compatibilizar a lei federal ao texto constitucional.

Certo é que o julgado proferido no âmbito da jurisdição constitucional difusa pelas Cortes de sobreposição se reveste de força obrigatória e deve ser observado pelos juízes e tribunais ordinários, no intuito de se manter a coerência do ordenamento jurídico, porém, não

inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente” (BRASIL, STF, Rel n.º 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe de 22/10/2014).

²⁶⁷ “3.3. Força vinculante propriamente dita (vinculação ‘forte’). A força vinculante em sentido estrito vai além dos dois fenômenos examinados nos subitens anteriores. Reitere-se: é a própria imposição da adoção do pronunciamento que dela se reveste, pelos demais órgãos aplicadores do direito, na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser – sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão (o que autoriza, inclusive, a formulação de reclamação perante esse tribunal, para a preservação de sua autoridade).” (TALAMINI, 2018, p. 147).

²⁶⁸ MARINONI, 2013, p. 136.

se pode conferir ao precedente firmado pelo STJ, até mesmo por falta de amparo legal e constitucional, a vinculação normativa forte (oponível *erga omnes*) que é dada aos julgados pelo STF em sede de controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso.

Entretanto, reforça-se, não é possível olvidar que a racionalização²⁶⁹ do sistema jurídico processual atualmente vigente é imprescindível para o alcance e consolidação da ordem jurídica justa, pois as Cortes de sobreposição (STF e STJ), sobretudo no exercício da jurisdição constitucional, devem dar unidade ao direito federal, a partir de casos que sirvam como precedentes aptos a orientarem sua observância pelos juízes, nos moldes que aqui se conceituou e defendeu, de modo que não repitam, desnecessariamente, por inúmeras vezes, a mesma solução jurídica a milhares de demandas idênticas, a fim de se evitar, inclusive, a indesejável dispersão do sistema jurídico.

Pode-se entender que o silogismo acima explicitado e defendido por parte da doutrina pode ser incorporado ao vigente sistema processual, a partir de uma leitura *ad amplianda* e válida do disposto no art. 927, V, do NCPC²⁷⁰. Tanto é que o parágrafo único, do art. 949, do NCPC, dado o seu caráter vinculante e obrigatório, dispõe que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Nesse particular, Fredie Didier Júnior²⁷¹ é concludente em afirmar que “o incidente de arguição de inconstitucionalidade é, assim, um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, além de ser instrumento de concretização da regra constitucional do *full bench*.”

²⁶⁹ “O respeito aos precedentes é imprescindível para a atribuição de racionalidade ao sistema, fazendo com que o desenvolvimento do processo imediatamente cesse quando a definição do caso depender da análise de questão de direito definida por tribunal superior. Nessa perspectiva, o respeito aos precedentes constitui elemento garantidor da eficiência e da legitimidade democrática do Poder Judiciário” (MARINONI, 2013, p. 188).

²⁷⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
(BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. Cit.)

²⁷¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal*. vol. 3. 14 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 780.

Luís Roberto Barroso, todavia, muito embora reconheça a importância do precedente produzido em sede de controle difuso à luz da regra da reserva de plenário, no qual se enquadra o julgamento incidental de inconstitucionalidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, afirma que tais julgados produzem no máximo eficácia intermediária²⁷² ou eficácia normativa em sentido fraco, isto porque, em que pese possam ser considerados obrigatórios, não estão sujeitos, em caso de inobservância, à revisão por meio de reclamação.

Não há, ainda, seja na doutrina ou na jurisprudência, uma posição categórica quanto à sua eficácia/força, variando desde (o ideal) vinculante ao pragmático (e real) meramente persuasivo. Percebe-se, contudo, que o Novo Código de Processo Civil constitui, mais uma vez, uma fonte de legitimação da jurisdição constitucional pelo STJ, ao reconhecer a força obrigatória de seus precedentes em controle difuso, tendo, portanto, buscado, de forma perceptível, tornar a prestação da tutela jurisdicional mais previsível, mais isonômica, mais célere e mais eficaz.

4.5. Fecho.

A legitimação da jurisdição constitucional do Tribunal da Cidadania foi, como visto ao longo deste capítulo, revigorada pelo Novo Código de Processo Civil.

Está claro, desde o primeiro artigo da codificação, que o hodierno processo civil brasileiro deve ser interpretado e aplicado a partir das diretrizes contidas na Constituição Federal de 1988. Vivencia-se, hoje, de fato, um direito processual constitucional, tendo a garantia fundamental do acesso à justiça, traduzida no princípio da inafastabilidade da jurisdição, transmutado definitivamente o sistema processual, uma vez que passou efetivamente a condicionar a própria forma de se pensar e interpretar a legislação infraconstitucional.

²⁷² “Produzem eficácia intermediária ou eficácia normativa em sentido fraco os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ sobre matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente, e as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes. Esses entendimentos são obrigatórios e devem ser seguidos. Entretanto, sua inobservância não possibilita o ajuizamento de reclamação. Por consequência, tal ‘dever’ tenderá a funcionar, na prática, como mera recomendação, ao menos no estágio cultural em que nos encontramos no que respeita à operação com precedentes judiciais” (BARROSO, 2018, pp. 16-17).

Nesse sentido, aliás, é a lição de Sérgio Sérulo da Cunha:²⁷³

A Constituição indica expressamente alguns dos indeclináveis meios de defesa, como o direito de petição, o direito ao contraditório, o direito à apreciação do seu pedido, o direito a decisões fundamentadas, o direito ao duplo grau de jurisdição; mas, além disso, ao falar em “ampla defesa”, alude a todo e qualquer meio sem o qual o Estado descumpriria o dever previsto de fazer justiça. A concepção do direito processual como correspondente à soma desses direitos mostra-o como garantia de sua realização. Sobre essa garantia não podem prevalecer outras finalidades do processo, tais como seriam, fases pretéritas de sua evolução, a preservação da ordem, o prestígio da autoridade, a legitimação do sistema político.

Os fundamentos normativos da afirmação acima defendida, aliás, encontram-se expressamente contidos nos artigos do Código de Processo Civil.

Revigora-se, portanto, a lição de Konrad Hesse, trazida no corpo do capítulo inaugural do desenvolvimento, de que compete à Constituição cunhar os fundamentos e estabelecer os princípios que regularão toda ordem jurídica, assim como instituir conteúdos jurídicos legítimos, sobretudo, em matéria de direitos fundamentais, dotando-os de força vinculante para irradiarem-se por todo o ordenamento jurídico.

Há, inicialmente, no primeiro artigo²⁷⁴ a determinação propositiva ao operador do direito de que a interpretação das normas processuais²⁷⁵ parte do texto constitucional, consagrando, desta forma, o direito fundamental ao processo justo, cabendo à legislação processual apenas ampliar – e nunca restringir – os preceitos constitucionais.

O direito à tutela adequada, previsto no artigo terceiro, também chamado de princípio do controle judicial, reproduz que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, por conseguinte, denota-se que o direito processual tem de ser capaz de promover a efetiva realização do direito material.

²⁷³ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 287.

²⁷⁴ Art. 1.º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Ob. cit.).

²⁷⁵ “O Código deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, o que significa que as dúvidas interpretativas devem ser resolvidas a favor da otimização do alcance da Constituição e do processo civil como meio para tutela dos direitos” (MARINONI, 2016, p. 143).

Em seguida, no quarto artigo da Lei n.º 13.105/2015 está disciplinado o direito do jurisdicionado de obter tempestivamente a tutela jurisdicional, a qual, em detrimento do princípio do *non liquet*, deve priorizar o julgamento de mérito da demanda.

Posteriormente, ao prever o princípio da fungibilidade dos recursos extraordinários, o qual possibilita o aproveitamento do apelo excepcional interposto erroneamente (arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015), extrai-se, novamente, a escolha do legislador em buscar a maximização da prestação jurisdicional das Cortes de sobreposição. E, ao regular especificamente a amplitude de cognição dos recursos extraordinários (art 1.034 do CPC/2015), foi aprimorada a função jurisdicional tanto do STJ quanto do STF, sendo-lhes declaradamente conferido o poder revisional para conhecerem, como tribunais de revisão, desde logo, das alegações e, assim, decidirem definitivamente a controvérsia.

Quanto aos seus efeitos, por fim, é possível afirmar, à luz da inserção simbiótica da teoria do *stare decisis*, em nosso sistema, realizada pelo NCPC, adotada e justificada no intuito de promover a estabilização e a coerência da jurisprudência dos tribunais pátrios, que o julgado proferido no âmbito da jurisdição constitucional difusa pelas Cortes de sobreposição se reveste de força obrigatória e deve ser observado pelos juízes e tribunais ordinários, no escopo de se manter a segurança jurídica de nosso ordenamento.

Relativamente à importância do precedente revestido de eficácia/força obrigatória, transcreve-se, a propósito, o escólio de Luiz Guilherme Marinoni:²⁷⁶

Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes diz o modo como devem se comportar e lhes dá a previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa. Não obstante, se nessa perspectiva é possível assemelhar a decisão da norma legislativa, isso não decorre do fato de aquela ter caráter obrigatório, porém de a decisão judicial não dever respeito estrito à norma geral, mas resultar da conformação do ordenamento infraconstitucional à Constituição.

Todavia, como restou frisado, não se pode, ao menos no atual cenário processual constitucional, conferir ao precedente do STJ a mesma vinculação normativa forte (oponível *erga omnes*) que é dada aos julgados do STF em sede de controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso, por falta de, acrescente-se, previsibilidade constitucional.

²⁷⁶ MARINONI, 2013, p. 93.

CONCLUSÕES

O controle difuso de constitucionalidade, exercido pelo Poder Judiciário, como decorrência evolutiva da teoria da separação de poderes (*checks and balances*) é um mecanismo de restauração da unidade sistêmica do ordenamento jurídico que procura harmonizar a legislação ordinária ao texto da lei fundamental.

Isso porque, repisa-se, dada a sua importância sistêmica, em todo ato de concretização jurisdicional do direito infraconstitucional, obrigatoriamente, estará envolvida, de forma explícita ou implícita, uma operação mental pelo juiz de controle de constitucionalidade, cabendo-lhe, antes de aplicar a lei ao caso concreto, certificar-se de que a norma a ser cominada à hipótese que lhe foi submetida é ou não constitucional.

Em que pesem os eventos seculares que o consolidou, o *judicial review* somente foi albergado pelo sistema jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Republicana de 1891.

O controle difuso de constitucionalidade, desde então, foi atribuído pelo texto fundamental a todos os órgãos do Poder Judiciário, singulares ou colegiados. Aos tribunais em geral, entretanto, é exigido, a partir da Carta de 1937 (art. 179), como parâmetro de validade, o respeito e o atendimento à cláusula de reserva de plenário (atualmente reproduzido no art. 97 da CF/1988).

Fundamenta-se, no atual texto constitucional, no art. 5.º, inc. XXXV, que consagra o princípio angular da inafastabilidade da jurisdição; e no art. 97 da CF/1988, que estabelece a cláusula de reserva de plenário, também chamada de regra de *full bench*, para que os tribunais, ordinários ou superiores, exerçam no caso concreto, por via incidental, o controle difuso.

A jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça é, portanto, legitimada e prevista a partir da conjugação do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da regra da reserva de plenário, que atribui residual e genericamente a todos os juízes e tribunais a realização do controle difuso de constitucionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça, embora tenha sido criado a partir da conhecida e propalada “Crise do Supremo Tribunal Federal”, acabou por alargar, por meio do recurso especial, o franqueamento ao acesso da sociedade à jurisdição de instância superior.

Sua concepção, todavia, remonta à década de 1940, tendo sido perquirida por diversas passagens históricas no cenário do Poder Judiciário Nacional, como se descreveu no presente estudo (vide tópico 2.1).

A concepção do STJ objetivou absorver parte da competência até então afeta ao STF, competindo-lhe, precipuamente, em sede de recurso especial, o controle de legalidade das decisões dos tribunais estaduais e federais, bem como a uniformização da interpretação do direito federal, franqueando a maximização do acesso à justiça ao jurisdicionado.

Por conseguinte, os apelos extraordinários (estricto senso) e especial (enquanto desdobramento do reclamo extraordinário) pertencem à mesma categoria excepcional de recurso e seus fundamentos específicos de admissibilidade estão previstos na própria Constituição Federal (o esgotamento das vias ordinárias e o prequestionamento).

Nesse viés, a atividade jurisdicional desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça, tal como foi concebida pelo legislador constituinte, no exercício de sua competência para apreciar e julgar o recurso especial, tem por finalidade institucional a manutenção da coerência e unidade do ordenamento jurídico infraconstitucional – e, também, na via difusa e incidental, a manutenção da harmonização do direito federal ao texto constitucional, reparando, assim, eventual injustiça cometida no julgamento proferido pelas instâncias inferiores.

Ademais, não é possível olvidar que a missão institucional do STJ decorre diretamente da Constituição Federal, sendo igualmente competente, portanto, como qualquer outro órgão do Poder Judiciário, para declarar, em controle de constitucionalidade difuso e incidental, inclusive de ofício, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, no âmbito do recurso especial.

Essa afirmação encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual restou consolidada no sentido de que compete aos órgãos judicantes, entre eles o Superior Tribunal de Justiça, na apreciação das lides que lhes são postas, efetuar o controle difuso de constitucionalidade, confrontando a legislação infraconstitucional aos preceitos da

Carta Magna, sem que isso implique usurpação da competência atribuída ao STF pelo art. 102, III, da mesma Carta.

É de fundamental importância, para a otimização do processo constitucional justo, que o STJ desempenhe com maior protagonismo, em sede de recurso especial, incidentalmente, o controle difuso de constitucionalidade, de forma a melhor assegurar a segurança jurídica do ordenamento legal à luz da supremacia do texto constitucional.

A Lei n.º 13.105/2015, nesse contexto, ao quebrar o paradigma da legislação processual anterior, verticalizando expressamente em seus artigos as garantias constitucionais do processo, incentiva e legitima o exercício da jurisdição constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, por muito tempo, se negou, de forma reiterada, a proferir decisão de mérito nos casos em que a solução jurídica dependia, necessariamente, da interpretação dos diversos dispositivos e princípios constitucionais.

A reforma processual, com efeito, promoveu a concretização de um direito processual constitucional, centrada na garantia fundamental do acesso à justiça e à ordem jurídica justa, focando no texto e nos princípios da Constituição a forma de se pensar, interpretar e aplicar as normas reguladoras do processo civil brasileiro.

A norma processual deve, portanto, em obediência a essa premissa, ampliar o alcance das garantias constitucionais, sendo-lhe vedada restringi-las. Deste modo, os direitos à tutela adequada e à primazia de se obter um provimento jurisdicional de mérito potencializaram o poder revisional das Cortes de sobreposição (STF e STJ), albergando, inclusive, de forma expressa, nos recursos excepcionais, a possibilidade de aplicação do direito à espécie, franqueando o enfrentamento de todas as questões relevantes, o que, por lógico, abarca eventual exame incidental de inconstitucionalidade.

Outrossim, como restou explicitado, o princípio da fungibilidade dos recursos excepcionais, previsto nos artigos 1.032 e 1.033 do NCPC – cuja leitura superficial, em um primeiro momento, poderia sugerir a supressão da jurisdição constitucional pelo STJ –, do mesmo modo, reforçou a garantia constitucional do cidadão ao acesso à justiça, uma vez que sua concepção foi dirigida apenas para abrandar o rigor do óbice inserto na Súmula 126 do STJ, conferindo ao jurisdicionado a possibilidade de que o recurso especial interposto, caso verse sobre matéria constitucional decidida pela instância ordinária, inobstante a ausência

de interposição de recurso extraordinário, ao invés de ser inadmitido, seja encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Observa-se, portanto, que o princípio da fungibilidade não afasta a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça examinar incidentalmente matéria constitucional, apenas, reitere-se, objetiva mitigar o aparente conflito negativo de competência entre os tribunais de sobreposição, de modo a tutelar apenas o direito de acesso à justiça do jurisdicionado.

Sua leitura, aliás, deve ser feita e orientada sob o olhar influente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, isto porque as garantias fundamentais, contidas no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988, devem ser interpretadas *ad amplianda*, de forma que o julgador não pode conferir à lei sentido que impossibilite ou prejudique o exercício da garantia constitucional do direito de ação.

É a legislação infraconstitucional, portanto, que se interpreta à luz da Constituição. A Lei n.º 13.105/2015 expressamente salvaguardou essa premissa hermenêutica, incorporando, como seu legado, todo o evolucionismo histórico da jurisdição constitucional, de modo a legitimar e fomentar, indubitavelmente, o seu exercício pela Corte Superior de Justiça, ainda que na estreita via do recurso especial.

Quanto à eficácia do precedente firmado pelo STJ no exercício da jurisdição constitucional, cumpre destacar que a sua força, em que pese a adoção da teoria do *stare decisis* pelo Novo Código de Processo Civil, apenas se reveste de normatividade obrigatória intermediária (art. 927, V, do NCPC), cuja observância se recomenda aos juízes e tribunais ordinários, no intuito de se manter a previsibilidade, a coerência e segurança do ordenamento jurídico.

Não possui, todavia, a vinculação normativa forte (oponível *erga omnes*) que é dada aos julgados pelo STF em sede de controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso.

Feitas estas considerações, pode-se afirmar que o Novo Código de Processo Civil é um marco legislativo importantíssimo que deve ser valorizado e sopesado corretamente pelo Superior Tribunal de Justiça e, destaque-se, seus julgadores devem assim enxergá-lo, pois ele sintetiza a própria essência que motivou inclusive a criação do próprio Tribunal da Cidadania, qual seja: o caminho de promoção do acesso do jurisdicionado à justiça de sobreposição.

A atuação tímida do Superior Tribunal de Justiça na jurisdição constitucional apenas fortalece o fenômeno da objetivação do controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, pois não há vácuo de poder, ainda que seja na prestação jurisdicional. O Novo Código de Processo Civil, ciente da necessidade de resgatar a importância do Tribunal da Cidadania no exercício do controle difuso de constitucionalidade, reafirmou, como visto no último capítulo, a sua competência e importância.

Compete, agora, portanto, ao STJ aproveitar a ampliação dada ao seu protagonismo na jurisdição constitucional e exercê-la. O tempo da timidez jurisdicional, em sede controle difuso, chegou impreterivelmente ao fim. Urge um novo olhar, um novo pensar e um novo agir, mormente porque, em conclusão, tem-se que os fundamentos axiológicos e normativos contidos no Código de Processo Civil de 2015 legitimam o exercício da jurisdição constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, na via incidental, no âmbito do recurso especial e reforçam as atribuições anteriormente conferidas pela vontade e pelo texto constitucional ao Tribunal da Cidadania.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 20 jan 2018.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. Justitia, São Paulo. Ano 53, V. 156, out./dez, 1991.

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 4 ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. *Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

BRASIL. Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. *Anteprojeto Constitucional*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 20/10/2017.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes, Rio de Janeiro: 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890. *Organiza a Justiça Federal*. CLBR, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. *Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)*. Tomo I. Brasília: Senado Federal, 2003.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894. *Completa a organização da Justiça Federal da Republica*. Coleção de Leis do Brasil - 1894, Página 16 Vol. 1 pt I. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-norma-pl.html>>. Acesso em: 3 out. 2017.

BRASIL. Mesa redonda sobre reforma do poder judiciário. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 134-202, mai. 1965. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rdpcp/article/view/59662/58007>>. Acesso em: 04 Fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1.132.325/RS*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12 dez. 2017, publicado no DJe 02 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 180.224/RJ*, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16 out. 2012, publicado no DJe de 23 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 235.460/ES*, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 09 set. 2014, publicado no DJe de 16 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 723.035/DF*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17 nov. 2015, publicado no DJe de 27 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 728.031/SP*, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 01 set. 2015, publicado no DJe de 24 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.256.534/SC*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 09 abr. 2013, publicado no DJe de 16 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.079.931/SP*, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21 out. 2008, publicado no DJe de 12 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.665.154/RS*, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15 ago. 2017, publicado no DJe de 30 ago. 2017).

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n.º 239.363/PR*, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, julgado em 26 fev. 2015, publicado no DJe de 10 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Agravo em Recurso Especial n.º 1.057.752/SP*, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08 ago. 2017, publicado no DJe de 15 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Agravo em Recurso Especial n.º 377.471/SP*, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29 ago. 2017, publicado no DJe de 04 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Agravo em Recurso Especial n.º 906.599/SP*, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16 mar. 2017, publicado no DJe de 22 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial n.º 1.589.628/SC*, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22 nov. 2016, publicado em DJe de 06 dez. 2016.

BRASIL. Superior tribunal justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n.º 645.101/DF*, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 01 jul. 2016, publicado no DJe de 08 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n.º 1.032.955/SP*, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 12 set. 2017, publicado no DJe de 15 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial n.º 1.135.354/PB*, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 03 out. 2012, publicado no DJe de 28 fev. /2013

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso Especial n.º 1.291.636/DF*, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11 jun. 2013, publicado no DJe de 21 nov. 2013.

BRASIL. Superior tribunal justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 1.255.398/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 07 ago. 2014, publicado no DJe de 22 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 1.369.571/PE*, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14 fev. 2017, publicado no DJe de 20 fev. 2017.

BRASIL. Superior tribunal justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 547.653/RJ*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 15 dez. 2010, publicado no DJe de 29 mar. 2011.

BRASIL. Superior tribunal justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 805.804/ES*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 03 jun. 2015, publicado no DJe de 01jul. 2015

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial n.º 1.183.378/RS*, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25 out. 2011, publicado no DJe de 01 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial n.º 1.334.097/RJ*, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28 mai.2013, publicado no DJe de 10 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial n.º 1.407.907/SC*, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 02 jun. 2015, publicado no DJe de 11 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial n.º 1.483.841/RS*, Rel. Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 17 mar. 2015, publicado no DJe de 27 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial n.º 1.639.314/MG*, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 04 abr. 2017, publicado no DJe de 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial n.º 888.420/MG*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07 mai. 2009, publicado no DJe de 27 mai. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial n.º 930.596/ES*, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 17 dez. 2009, publicado no DJe de 10 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília : STJ, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 7*. (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”). Corte Especial, julgada em 28 jun. 1990 e publicada no DJ de 03 jul. 1990, p. 6.478.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 126* (“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”). Corte Especial, julgada em 09 mar. 1995 e publicada no DJ de 21 mar. 1995, p. 6.369.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 211* (“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”). Corte Especial, julgada em 01 set. 1998 e publicada no DJ de 03 ago. 1998, p. 366.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação n.º 6.416/SP*, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 23 set. 2009, publicado no DJe de 16 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação n.º 11.237/RJ*, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10 jun. 2014, publicado no DJe de 30 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação n.º 20.266/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29 set. 2015, publicado no DJe de 17 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação n.º 22.273/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, publicado no DJe de 17 fev. 2016;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 145.589/RJ*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02 set. 1993, publicado no DJ de 24 jun. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 472.897/PR*, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18 set. 2007, publicado no DJe de 26 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 615.686/PR*, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18 set. 2007, publicado no DJe de de 30 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 671.865/SP*, Rel.^a p/acórdão Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 14 mar.2017, publicado no DJe de 12 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n.º 678.139/RJ*, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 06 ago. 2013, publicado no DJe de 21 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n.º 790.511/SC*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 19 mar. 2015, publicado no DJe de 15 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 814.591/SE*, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 12 abr. 2011, publicado no DJe de 27 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 517.961/RN*, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 16 dez. 2008, publicado no DJe de 27 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n.º 346.736/DF*, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 04 jun. 2013, publicado no DJe de 18 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Reclamação n.º 2.252/PR*, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 18 mar. 2004, publicado no DJ de 16 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n.º 33.046/PR*, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10 mar. 2015, publicado no DJe de 18 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n.º 4.335/AC*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20 mar. 2014, publicado no DJe de 22 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 298.694/SP*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06 ago. 2003, publicado no DJ de 23 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 348.468/MG*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15 dez. 2009, publicado no DJe de 19 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 593.849/MG*, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 19 out. 2016, publicado no DJe de 05 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n.º 1.417/DF*, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 09 dez. 1987, publicado no DJ de 15 abr. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 279*. (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) Sessão Plenária de 13 dez. 1963, publicada em Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 281* (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão

impugnada”). Sessão Plenária de 13 dez. 1963, publicada em *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 282*. (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”). Sessão Plenária de 13 dez. 1963, publicada em *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 356*. (“O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”). Sessão Plenária de 13 dez. 1963, publicada em *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 154.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 456* (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”). Sessão Plenária de 01 out. 1964, publicada no DJ de 08 out. 1964, p. 3.647.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 10* (“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”). Sessão Plenária de 18 jun. 2008, publicada no DJe n.º 117 de 27 jun. 2008, p. 1.

BUZAID, Alfredo. *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, volume 72, n.º 1, 1977.

CALAMANDREI, Pietro. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Editora Bookseller, 1999, 1v.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área do processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1966.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINARMACO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CHIARELLI, Carlos Alberto *et al.* *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Porto Alegre: AJURIS, 1985.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no Século IX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Recurso extraordinário e especial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidente de competência originária de tribunal*. vol. 3. 14 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa*. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991

DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446/2472>>. Acesso em: 20 jan 2018.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GALLOTTI, Maria Isabel *et alii*. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GRIMM, Dieter. MOHNHAUPT, Heinz. *Constituição – História do conceito desde a antiguidade até nossos dias*. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander. *O federalista* (Um comentário à Constituição Americana). Tradução Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

HESSE, KONRAD. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, volume 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas* - vol. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LEITE FARIAS, Paulo José. *A função clássica do federalismo de proteção das liberdades individuais*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Prefácio de Roberto Rosas. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Livro II: Segundo Tratado. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, Ed. fac-similar, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2 ed. São Paulo: José Bushtski Editor, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Defesa, guarda e rigidez das constituições*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial, dez.2013, p. 23-45.

MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo: REPRO, Rio de Janeiro, volume 35, n.º 183, p. 165-194, maio 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* (Processo Civil, Penal e Administrativo). 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.º 12, p. 156-167, 1995.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal* (Tese de Doutorado em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01092007-150125/pt-br.php>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Version española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2015.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État*. Tradução Norma Azevedo. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Havard University Press, 1999.

TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante* (ou “Devagar com o andor que o santo é de barro”). Disponível em: <<https://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Recursos no Superior Tribunal de Justiça – Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoria de la Constitución como Ciencia Cultural*. Madrid: Dykinson, 1997.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalização: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WAHL, Rainer. *O primado da Constituição*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 47 (1), abril 1987.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, n.º 115, p. 1346-1406.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. Vol 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. Vol 2. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional do STJ*. Revista de Processo: REPRO, Rio de Janeiro, volume 37, n.º 212, out. 2012.